نشر العرف

١٤١٠

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

الحمد لله الذى عمنا بالانعام واللطف * وامرنا بالتيسير والتسهيل لا بالتشديد والعنف * والصلاة والسلام * على مشرع الاحكام * المنزل عليه * خذ العفو وأمر بالعرف * وعلى آله واصحابه الموصوفين باتباعه باكمل وصف ﴿ اما بعد ﴾ فيقول الفقير محمد عابدين عفا عنه رب العالمين * لما شرحت ارجوزتى التى سميتها عقود رسم المفتى ووصلت فى شرحها الى قولى * والعرف فى الشرع له اعتبار * لذا عليه الحكم قد يدار * تكلمت عليه بما يسره الكريم الفتاح * واسترسل القلم فى جريه لاجل الايضاح * فاشعر الا وفجر الليل قد لاح * وقد بقى فى الزوايا خبايا تحتاج الى الافصاح * فرأيت ان استيفاء ال[illegible] يخرج الشرح عن المعهود فاقتصرت فيه على [illegible] يسيرة من البيان * واردت ان افرد الكلام على البيت برسالة مستقلة تظهر المقصود الى العيان * لانى لم ار من اعطى هذا المقام حقه * ولا من بذل له من البيان مستحقه * وسميت هذه الرسالة نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف فاقول ومنه سبحانه ا[illegible] ان يحفظنى من الخطاء والزلل * وان يرزقنى حسن النيه * وبل[illegible]

الامنيه ﴿ مقدمة ﴾ فى بيان معنى العرف * ودليل العمل به قال فى الاشباه وذكر الهندى فى شرح المغنى العادة عبارة عما يستقر فى النفوس من الامور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمه * وهى انواع ثلاثة العرفية العامة كوضع القدم (والعرفية) الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية انتهى وفى شرح الاشباه للبيرى عن المستصفى العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول * وتلقته الطباع السليمة بالقبول (وفى شرح) التحرير العادة هى الامر المتكرر من غير علاقة عقلية (قلت) بيانه ان العادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد اخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصادق وان اختلفا من حيث المفهوم (ثم) العرف عملى وقولى فالاول كتعارف قوم اكل البر ولحم الضان والثانى تعارفهم اطلاق لفظ المعنى بحيث يتبادر عند سماعه غيره والثانى مخصوص للعام اتفاقا كالدراهم تطلق ويراد بها النقد الغالب فى البلدة والاول مخصوص ايضا عند الحنفية دون الشافعية فاذا قال اشترى طعاما ولحما انصرف الى البر ولحم الضان عملا بالعرف العملى [illegible]افاده فى التحرير (واعلم) ان بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾ وقال فى الاشباه القاعدة السادسة العادة محكمة واصلها قوله صلى الله عليه وسلم * ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن * قال العلائى [illegible]ده مرفوعا فى شئ من كتب الحديث اصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وانما هو من قول

عبدالله بن مسعود رضى الله عنه موقوفا عليه اخرجه الامام احمد
فى مسنده (واعلم) ان اعتبار العادة العرف رجع اليه فى مسائل
كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلا فقالوا فى الاصول فى باب ماتترك
به الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة: هكذا ذكر فخر الاسلام
تم كلام الاشباه (وفى) شرح الاشباه للبيرى قال المشرع الثابت
بالعرف ثابت بدليل شرعى (وفى) المبسوط الثابت بالعرف كالثابت
بالنص (فصل) قال فى القنية ليس للمفتى ولا للقاضى ان يحكما
على ظاهر المذهب ويتركا العرف ونقله عنه فى خزانة الروايات
كما ذكره البيرى فى شرح الاشباه مستكملا فقد صرحوا بان الرواية
اذا كانت فى كتب ظاهر الرواية لايعدل عنها الا اذا صحح المشايخ
غيرها كما اوضحت ذلك فى شرح الارجوزة فكيف يعمل بالعرف
المخالف لظاهر الرواية وايضا فان ظاهر الرواية قديكون مبنيا
على صريح النص من الكتاب والسنة والاجماع والا اعتبر العرف
المخالف للنص لان العرف قديكون باطل بخلاف النص كما قال
ابن الهمام وقد قال فى الاشباه العرف غيرمتعبر فى المنصوص عليه
فى الظهيرية من الصلاة وكان محمد بن الفضل يقول السرة
الى موضع نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال
فى الابدا عن ذلك الموضع عند الاتزار وفى النزع عن العادة الظاهرة
نوع جرح وهذا ضعيف وبعيد لان التعامل بخلاف النص
لايعتبر بلفظه وفى رواية الاشباه ايضا الفائدة الثالثة المشقة
والجرح انما يعتبر ان فى موضع لانص فيه واما مع النص بخلافه فلا
ولذا قال ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى بحرمة رعى حشيشة الحرم
وقطعه الا الازخر وجوز ابو يوسف فيه الحرج ورد عليه بما ذكرناه
اى من ان الحرج انما يعتبر فى موضع لا نص فيه ذكره الزيلعى
فى جنايات الاحرام وقال فى باب الانجاس ان الامام يقول بتلفظ

(نجاسة)

قوله باطل لعل صوابه
باطلا بالنصب ✻

لعل ان مزيدة من الكاتب
وماوجدتها فى نسخة
الاشباه (كاتبة)
✻

نجاسة الارواث لقوله عليه السلام انها ركز اى نجس ولا اعتبار
عنده بالبلوى فى مواضع النص كما فى بول الآدمى فان البلوى فيه اعم
(فنقول) فى جواب هذا الاشكال اعلم ان العرف نوعان خاص وعام
وكل منهما اما ان يوافق الدليل الشرعى والمنصوص عليه فى كتب
ظاهر الرواية اولا فان وافقهما فلا كلام والا فاما ان يخالف
الدليل الشرعى اوالمنصوص عليه فى المذهب فنذكر ذلك فى بابين
(الباب الاول) اذا خالف العرف الدليل الشرعى فان خالفه من كل
وجه بان لزم منه ترك النص فلاشك فى رده كتعارف الناس كثيرا
من المحرمات من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك
مما ورد تحريمه نصا وان لم يخالفه من كل وجه بان ورد الدليل عاما
والعرف خالفه فى بعض افراده اوكان الدليل قياسا فان العرف
معتبر ان كان عاما فان العرف العام يصلح مخصصا كما مر عن التحرير
ويترك به القياس كما صرحوا به فى مسئلة الاستصناع ودخول الحمام
والشرب من السقا وان كان العرف خاصا فانه لايعتبر وهو المذهب
كما ذكره فى الاشباه حيث قال فالحاصل ان المذهب عدم اعتبار
العرف الخاص ولكن افتى كثير من المشايخ باعتباره (وقال)
فى الذخيرة البرهانية فى الفصل الثامن من الاجارات فيما لودفع
الى حايك غزلا على ان ينسجه بالثلث قال ومشايخ بلخ كنصير ابن يحيى
ومحمد بن سلمة وغيرهما كانوا يجيزون هذه الاجارة فى الثياب لتعامل
اهل بلدهم والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الاثر وتجويز
هذه الاجارة فى الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذى ورد فى قفيز
الطحان لان النص ورد فى قفيز الطحان لافى الحايك الا ان الحايك نظيره
فيكون واردا فيه دلالة فتى تركنا العمل بدلالة هذا النص فى الحايك
وعملنا بالنص فى قفيز الطحان كان تخصيصا لاتركا اصلا وتخصيص
النص بالتعامل جائز الاترى انا جوزنا الاستصناع للتعامل والاستصناع

قوله وجوز ابو يوسف
فيه لعل صوابه ساعيه
للحجاج فى نسخة الاشباه
وكذا قوله زكز وجدته
فيها ركس بالسين عوض
الزاى وكذا قوله يعتبر
وجدته فيها يعتبران بصيغة التثنية
فى الموضعين وانما وجد
التحريف فى هذا الورقة
بانها ليست منقولة عن
خط المص من قوله
فى الورقة السابقة
(الباب الاول)
من غير علاقة عقاية
الى قوله هنا وقال
فى الذخيرة البرهانية
(كاتبة) ✻

بيع ماليس عنده وانه منهى عنه وتجويز الاستصناع بالتعامل
تخصيص منا للنص الذى ورد فى النهى عن بيع ماليس عند الانسان
لاترك للنص اصلا لانا عملنا بالنص فى غير الاستصناع (قالوا)
وهذا بخلاف مالوتعامل اهل بلدة قفيز الطحان فانه لايجوز
ولاتكون معاملتهم معتبرة لانا لواعتبرنا معاملتهم كان تركا للنص
اصلا وبالتعامل لايجوز ترك النص اصلا وانما يجوز تخصيصه
ولكن مشايخنا لم يجوز وهذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة
واحدة وتعامل اهل بلدة واحدة لايخص الاثر لان تعامل اهل بلدة
ان اقتضى ان يجوز التخصيص فترك التعامل من اهل بلدة اخرى
يمنع التخصيص فلايثبت التخصيص بالشك بخلاف التعامل
فى الاستصناع فانه وجد فى البلاد كلها انتهى كلام الذخيرة وفيها
فى الفصل الرابع من كتاب الشرب قال محمد اذاباع شرب يوم
اواقل من ذلك اوا كثرفانه لايجوز امالانه باع مالايملك لان الماء
قبل الاحراز بماوضع للاحراز لايصير مملوكا لاحد وبيع مالايملكه
الانسان لايجوز (واما) لان المبيع مجهول وبعض مشايخ بلخ كانوا
يقولون اهل بلخ يتعاملون ذلك والقياس يترك بالتعامل والفقيه
ابو جعفروابو بكر البلخى وغيرهما من المشايخ لم يجوز وذلك (وقالوا)
هذا تعامل اهل بلدة واحدة والقياس لايترك بتعامل بلدة واحدة
انتهى (وقال) فى الاشباه تنبيه هل المعتبر فى بناء الاحكام العرف العام
اومطلق العرف ولوكان خاصا المذهب الاول قال فى البزازية
معزيا الى الامام البخارى الذى ختم به الفقه الحكم العام لايثبت
بالعرف الخاص وقيل يثبت انتهى ويتفرع على ذلك لواستقرض
الفا واستأجر المقرض لحفظ مرآة اوملعقة كل شهر بعشرة وقيمتها
لاتزيد على الاجر ففيها ثلثة اقوال صحة الاجارة بلا كراهة اعتبار
العرف خواص بخارى والصحة مع الكراهة للاختلاف والفساد

لان صحة الاجارة بالتعارف العام ولم يوجد وقد افتى الاكابر بفسادها
وفى القنية من باب استيجار المستقرض المقرض التعارف الذى تثبت
به الاحكام لايثبت بتعارف اهل بلد واحدة عند البعض وعند البعض
وان كان يثبت لكن احدثه بعض اهل بخارى فلم يكن متعارفا مطلقا
كيف وان هذا الشئ لم يعرفه عامتهم بل تعرفه خواصهم فلايثبت
التعارف بهذا القدر قال وهو الصواب انتهى (وذكر) فيها
من كتاب الكراهية قبيل التحرى لوتواضع اهل بلدة على زيادة
فى سنجاتهم التى يوزن بها الدراهم والابريسم على مخالفته سائر
البلدان ليس لهم ذلك وفى اجارة البزازية عن اجارة الاصل
استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه فالاجارة فاسدة ويجب اجر المثل
لايجاوز به المسمى (وكذا) لودفع حايك غزلا على ان ينسجه بالثلث
ومشايخ بلخ وخوازم افتوا بجواز اجارة الحايك للعرف وبه افتى
ابو على النسفى ايضا والفتوى على جواب الكتاب لانه مخصوص
عليه فيلزم ابطال النص انتهى كلام الاشباه (وحاصله) ان ماذكر
وفى حيلة اخذ المقرض ربحا من المستقرض بان يدفع المستقرض
الى المقرض ملعقة مثلا ويستأجره على حفظها فى كل شهر بكذا
غير صحيح لان الاجارة مشروعة على خلاف القياس لانها بيع المنافع
المعدومة وقت العقد وانما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج
عامة الناس اليها وقد تعارفوها سلفا وخلفا فجازت على خلاف
القياس (وصرح) فى الذخيرة بان الاجارة انما جازت لتعامل الناس
انتهى ولايخفى انه لاضرورة الى الاستيجار على حفظ مالايحتاج
الى حفظه باضعاف قيمته فانه ليس مما يقصده العقلا ولذا لم يجز
استيجار دابة ليجنبها اودراهم ليزين بها دكانه كما صرحوا به ايضا
فتبقى على اصل القياس ولايثبت جوازها بالعرف الخاص فان العرف
الخاص لايترك به القياس فى الصحيح على ان هذا العرف لم يشتهر

في بلدة بل تعارفه بعض اهل بخارى دون عامتهم ولا يثبت التعارف بذلك واما مسئلة زيادة السنجات فان كان المراد بهما ان كل احد من اهل تلك البلدة يزيد في سنجته ما اراد فالمنع منه ظاهر وان كان المراد ان يتفقوا على زيادة خاصة فوجه المنع والله تعالى اعلم انه يلزم منه الجهالة والتغرير اذا اشتروا بها من رجل غريب يظنها على عادة بقية البلاد واما مسئلة استيجار الحايك ونحوه فقد علمت تقريرها من عبارة الذخيرة (وذكر الشراح) ان البر والشعير والتمر والملح مكيلة ابدا النص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلا يتغير ابدا فيشترط التساوى بالكيل ولا يلتفت الى التساوى في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنا لا كيلا لم يجز والذهب والفضة موزونة ابدا للنص على وزنهما فلا بد من التساوى في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز وكذا الفضة بالفضة لان طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبة علينا لان النص اقوى من العرف فلا يترك الاقوى بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة على جواز الحكم انتهى (فان قلت) قد روى عن ابي يوسف اعتبار العرف في هذه الاشياء المنصوصة حتى جوز التساوى بالكيل في الذهب وبالوزن في الحنطة اذا تعارفها الناس فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص فيلزم انه يجوز عنده ما شابه من تجويز الربا ونحوه للعرف وان خالف النص (قلت) حاشى لله ان يكون مراد ابي يوسف ذلك وانما اراد تعليل النص بالعادة بمعنى انه انما نص على البر والشعير والتمر والملح بانها مكيلة وعلى الذهب والفضة بانها موزونة لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك فالنص في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب لورد النص على وفقها فحيث كانت العلة للنص على الكيل والوزن في البعض هي العادة تكون العادة هي المنظور اليها فاذا تغيرت تغير الحكم

مطلب عادات الناس دالة على جواز الحكم

فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع النص وظاهر كلام المحقق ابن الهمام ترجيح هذه الرواية وعلى هذا فلو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم او استقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفا للنص فالله تعالى يجزى الامام ابا يوسف عن اهل هذا الزمان خير الجزاء فلقد سد عنهم بابا عظيما من الربا وقد صرح بتخريج هذا على هذه الرواية العلامة سعدى افندى في حاشيته على العناية ونقله عنه في النهر واقره وكذلك نقله في الدر المختار (وقال) وفي الكافي الفتوى على عادة الناس انتهى وذكر نحوه في آخر الطريقة المحمدية للعارف البركاى فقال ولا حيلة فيه الا التمسك بالرواية الضعيفة عن ابي يوسف وذكر سيدى عبد الغنى النابلسى في شرحه على الطريقة المحمدية ما حصله انه لا حاجة الى تخريجه على هذه الرواية لان الذهب والفضة المضروبين المدموغين بالسكة السلطانية معلوما المقدار بين المتعاقدين فذكر العدد كناية عن الوزن اصطلاحا والنقصان الحاصل بالقطع جزئى لا يدخل تحت المعيار الشرعى (اقول) هذا ظاهر على ما كان في زمنه من عدم اختلاف وزنها اما في زماننا فيختلف فكل سلطان يخفف سكته عن سكة السلطان الذى قبله في النوع الواحد بل سكة سلطان زماننا اعزه الله تعالى تختلف في النوع الواحد وكذا السلاطين قبله فان السكة في اول مدته تكون اثقل منها في آخرها فالريال او الذهب من نوع واحد يختلف وزنه ولا ينظر المتعاقدان الى ذلك الاختلاف وشرط صحة البيع معرفة مقدار الثمن اذا كان غير مشار اليه وكذا الاجرة ونحوها والذهب والفضة موزونان (فاذا اشترى) شيئا بعشرين ريالا مثلا لا بد على قول ابي حنيفة ومحمد من بيان ان الريال المذكور من ضرب سنة كذا يكون متحد الوزن وكذا لو اشترى بالذهب كالذهب المحمودى الجهادى

والذهب العدلى فى زماننا فان كلا منهما متفاوت الافراد فى الوزن
وكذا الريال الفرنجى نوع منه اثقل من نوع فعلى قولهما جميع عقود
اهل هذا الزمان فاسدة من بيع وقرض وصرف وحوالة وكفالة
واجارة وشركة ومضاربة وصلح وكذا يلزم فساد التسمية فى نحو
نكاح وخلع وعتق على مال وفساد الدعوى والقضا والشهادة بالمال
وغير ذلك من المعاملات الشرعية فان اهل هذا الزمان لا ينظرون
الى هذا التفاوت بل يشترى احدهم بالذهب او الريال ويطلق
ثم يدفع الثقيل او الخفيف وكذا فى الاجارة والدعوى وغيرها وكذا
يستقرض الثقيل ويدفع بدله الخفيف وبالعكس ويقبل المقرض
منه ذلك مالم تختلف القيمة ويلزم من ذلك تحقق الربا لتحقق التفاوت
فى الوزن بما يدخل تحت المعيار الشرعى كالقيراط والاكثر بل الظن
ان القمحة فى الذهب معيار فى زماننا لان الذهب الذى ينقص
قمحة عن ميعاره الذى ضرب به السلطان عليه يحاسبون على نقصه
اما الزائد فلا يعتبرون فيه الزيادة كالذهب المشخص اذا زاد قمحة
او اكثره لا يخفى ان فى قولهما فى هذا الزمان حرجا عظيما لما علمته
من لزوم هذه المحظورات وقد ركز هذا العرف فى عقولهم من عالم
وجاهل وصالح وطالح فيلزم منه تفسيق اهل العصر فيتعين الافتا
بذلك على هذه الرواية عن ابى يوسف لكن لى فيه شبهة وهى
ان الظن من هذه الرواية (قوله) لكن لى فيه شبهة الخ وجهه
ان الروايات المشهورة فى المذهب عن ائمتنا الثلاثة ان ماورد النص
بكونه مكيلا او بكونه موزونا يجب اتباعه حتى لو تعارف الناس
وزن الحنطة والشعير ونحوهما لا يصح بيعها الا بالكيل لورود النص
كذلك ومالم يرد فيه نص كالحديد والسمن والزيت يعتبر فيه عادة
الناس وروى عن ابى يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص
عليه ايضا كما فى الهداية وغيرها والمتبادر من هذا انه على هذه

الرواية لو تغير العرف حتى صار المكيل موزونا والموزون مكيلا يعتبر
العرف الطارى واما لو صار المكيل نصا يباع مجازفة لا يعتبر لما فيه
من ابطال نصوص التساوى فى الاموال الربوية المتفق على قبولها
والعمل بها بين الائمة المجتهدين اشتراط المعيار من كيل او وزن
اما الغاءهما بالكلية والعدول عنهما الى العدد المتفاوت الافراد
فى الوزن فهو خلاف الظ وخلاف النص الصريح فى اشتراط
المساوات فى المكيلات والموزونات وعلى كل فينبغى الجواز والخروج
من الاثم عند الله تعالى اما بناء على العمل بالعرف او للضرورة
فقد اجاز واما هو دون ذلك فى الضرورة ففى البحر عن القنية وينبغى
جواز استقراض الخميرة من غير وزن وسئل النبى صلى الله عليه وسلم
عن خميرة يتعاطاها الجيران ان يكون ربا فقال * ما رأه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن * وما رأه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح *
وذكر فى البزازية فى البيع الفاسد فى القول السادس فى بيع الوفا
انه صحيح قال لحاجة الناس فرارا من الربا فبلخ اعتادوا الدين
والاجارة الطويلة ولا تمكن فى الاشجار فاضطروا الى بيعها وفاء
وما ضاق على الناس امر الا اتسع حكمه انتهى نقله فى الاشباه
فى فروع العرف الخاص (فان قلت) قدمت عن الاشباه ان المشقة
والحرج انما تعتبر فى موضع لا نص فيه ولذا رد على ابى يوسف
فى تجويزه رعى حشيش الحرم للضرورة بانه منصوص على خلافه
(قلت) قد يجاب بان النص على تحريم رعى الحشيش دليل على عدم
الحرج فيه لان استثناه صلى الله عليه وسلم الاذخر فقط للحرج دال
على انه لا حرج فيما عداه بناء على انه ذلك حرج يسير يمكن الخروج
عنه بمشقة يسيرة بخلاف مثلنا فان تغيير ما اعتاده عامة اهل العصر
فى عامة بلاد الاسلام لا حرج فوقه ولا شك انه فوق الحرج الذى عفى
لاجله عن بعض النجاسات المنهية بالنص كطين الشارع الغالب

عليه النجاسة وكبول الثور فى الثياب والبعر القليل فى الابار والحلاب
لكن ذلك بتخصيص لادلة النجاسة ويمكن ادعاء ذلك هنا
بان يجعل العرف مخصصا لادلة اشتراط المعيار بما اذا كان فى الزيادة
منفعة لاحد المتعاقدين ولهذا لم يحرم الزيادة القليلة التى لاتدخل
تحت المعيار الشرعى فيجوز الاستقراض بالعدد ولايكون ربا
على هذا الوجه وكذا البيع والاجارة ونحوهما ويدل عليه انهم
قالوا ينصرف مطلق الثمن الى النقد الغالب فى بلد البيع وان اختلفت
النقود فسد ان لم يبين لوجود الجهالة المفضية الى المنازعة والمراد
باختلاف النقود اختلاف ماليتها مع الاستوا فى الرواج كالبندقى
والقايتبايى والسليمى والمغربى والغورى فى القاهرة الآن كذا
فى البحر ومثله فى زماننا المحمودى الجهادى والعدلى فانهما مستويان
فى الرواج مختلفان فى القيمة وكذا الفندقى القديم والجديد
فاذا اشترى وسمى الفندقى ولم يبين فسد البيع لافضائه الى المنازعة
فاذا كانت العلة المنازعة بسبب اختلاف النوعين فى المالية دل على انه
اذا لم تلزم المنازعة لافساد فاذا اشترى بالعدلى ولم يبين ان المراد منه
القديم او الجديد لايضر لتساويهما فى المالية فان اختلفا فى الوزن
وهكذا يقال فى الاجارة وغيرها ويدل على ذلك انهم صرحوا
بفساد البيع بشرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين
واستدلوا على ذلك بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وبالقياس
واستثنوا من ذلك ماجرى به العرف كبيع نعل على ان يحذوها
البايع قال فى فتح القدير فان قلت اذا لم يفسد الشرط المتعارف
العقد يلزم ان يكون العرف قاضيا على الحديث (قلت) ليس
بقاض عليه بل على القياس لان الحديث معلول بوقوع النزاع
المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع
فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس والعرف

قاض عليه انتهى (فهذا) غاية ماوصل اليه فهمى فى تقرير هذه
المسئلة وهذا وان كان فيه تكلف وخروج عن الظاهر ولكن دعى اليه
الاحتراز عن تضليل الامة وتفسيقها بامر لامحيص عن الخروج عنه
الا بذلك قال الشاعر (اذا لم تكن الا الاسنة مركبا * فما حيلة المضطر
الا ركوبها) على ان قواعد الشريعة تقتضيه فانها مبنية على التيسير
لا على التشديد والتعسير وماخير صلى الله عليه وسلم بين امرين الا
اختار ايسرهما على امته ومن القواعد الفقهية اذا ضاق الامر
اتسع والله تعالى اعلم (ثم اعلم) ان هذا كله فيما اذا لم يغلب الغش
على الذهب او الفضة اما اذا غلب فلا كلام فى جواز استقراضها
عددا بدون وزن اتباعا للعرف بخلاف ما اذا باعها بالفضة الخالصة
فانه لايجوز الا وزنا (قال) فى الذخيرة البرهانية فى الفصل التاسع
من كتاب المداينات قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع اذا كانت
الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر فاستقرض رجل منها عددا وهى
جارية بين الناس عددا بغير وزن فلا بأس به وان لم تجر بين الناس الا وزنا
لم يجز استقراضها الا وزنا لان الصفر متى كان غالبها كان العبرة للصفر
لكونه غالبا وتكون الفضة ساقطة الاعتبار لكونها مغلوبة وكون
الصفر موزونا ماثبت بالنص ومالم يثبت كيله ووزنه بالنص فالعبرة
فى ذلك لتعامل الناس فمتى تعاملوه موزونا فلا يجوز استقراضه الا وزنا
كالذهب والفضة ومتى تعاملوه عددا كان عددا فلا يجوز استقراضه
الا عددا فقط اسقط محمد رحمه الله اعتبار الفضة فى القرض متى
كانت مغلوبة ولم يسقط فى حق جواز البيع فقال لايجوز بيعها
بالفضة الخالصة الا على سبيل الاعتبار وانما كان كذلك لان القرض
اسرع جوازا من البيع لانه مبادلة صورة تبرع حكما والربا انما يتحقق
فى البيع لا فى التبرع فاعتبر الفضة المغلوبة فى البيع دون القرض
لضيق حال البيع وسعة حال التبرع وانظهر مزية البيع على القرض

فان كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثها صفر لايجوز استقراضها الاوزنا وان تعامل الناس التبايع بها عددا لان الفضة اذا كانت غالبة بمنزلة مالوكان الكل فضة لكنها زيف ولو كان كذلك لايجوز استقراضها الاوزنا وان تعامل الناس التبايع بها عددا كذلك ههنا وان كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرا لم يجز استقراضها الاوزنا على كل حال لانه لم يسقط اعتبار واحد منهما لان اسقاط اعتبار واحد منهما انما يكون حال كونه مغلوبا ولم يوجد فوجب اعتبارهما واذا وجب اعتبارهما لم يجز الاستقراض فى حق الفضة الاوزنا واذا تركوا ذلك بطل الاستقراض فى الفضة فيبطل فى الصفر ضرورة انتهى (هذا) كله فى الاستقراض وفى بيعها بالفضة الخالصة واما اذا اشترى بها اى بالمغشوشة متاعا فقال فى الذخيرة ايضا فى الفصل السادس من كتاب البيوع قال فى الجامع واذا كانت الدراهم ثلثها صفرا وثلثها فضة فاشترى بها متاعا وزنا جاز على كل حال ولا تتعين تلك الدراهم وان اشترى بها بغير عينها عددا وهى بينهم وزنا فلا خير فيه لان قوله اشتريت بكذا درهما ينصرف الى الوزن لانهم اذا تعاملوا الشراء بها وزنا لاعددا تقررت الصفة الاصلية للدراهم وهى الوزن وصارت العبرة للوزن والثمن اذا كان موزونا فانما يصير معلوما باحد امرين اما بذكر الوزن او بالاشارة اليه ولم يوجد شئ من ذلك فكان الثمن مجهولا جهالة توقعهما فى المنازعة لان فيها الخفاف والثقال والثقل معتبر عند الناس حيث تعاملوا الشرا بها وزنا وان اشترى بها بعينها عددا فلا بأس وان تعاملوا المبايعة بها وزنا لان جهالة الوزن فى المشار اليه لاتمنع جواز البيع (وان كانت) بينهم عددا فاشترى بها بغير عينها عددا جاز وان كان فيها الخفاف والثقال لانهم متى تعاملوا بها عددا الاوزنا فالجهالة من حيث الثقل والخفة لاتوقعهما

فى المنازعة فلا يمنع الجواز وان كان ثلثاها فضة وثلثها صفر فهى بمنزلة الدراهم الزيوف والنبهرجة ان لم تكن مشارا اليها لايجوز الشرا الاوزنا كما لوكان الكل فضة زيفا ولهذا لم يجز استقراضها الاوزنا وان كانت مشارا اليها يجوز الشرا بها من غير وزن وان كانت نصفها فضة ونصفها صفر فالجواب كما لوكان ثلثاها صفرا وثلثها فضة لان عند الاستوا لاتصير الفضة تبعا للصفر فلا يجوز الشرا فى حق الفضة الابطريق الوزن وكذا فى حق الصفر انتهى (اقول) وبهذا حصل نوع تخفيف فى القضية فان دراهم زماننا كثير منها غشه غالب على فضته فيجوز الشرا بها عددا سواء كانت بعينها اى مشارا اليها اولا وهذا اذا اشترى بها عروضا واما لو شرى بها فضة خالصة فلا يجوز الاوزنا كما مر واما لو شرى بها من جنسها فقال فى الذخيرة ايضا بعد مامر واذا كانت هذه الدراهم صنوفا مختلفة منها ما ثلثاها فضة ومنها ثلثاها صفر ومنها نصفها فضة فلا بأس ببيع احداها بالآخر متفاضلا يدا بيد بصرف فضة هذا الى صفر ذاك وبالعكس كما لو باع صفرا وفضة بصفر وفضة ولا يجوز نسيئة لانه يجمعها الوزن وهما ثمنان فيحرم النسا واما اذا باع جنسا منها بذلك الجنس متفاضلا فلو الفضة غالبة لايجوز لان المغلوب ساقط الاعتبار فكان الكل فضة فلا يجوز الامثلا بمثل ولو الصفر غالبا او كانا على السوا جاز متفاضلا صرفا للجنس الى خلافه ويشترط كونه يدا بيد وعلى هذا قالوا اذا باع من العدليات التى فى زماننا واحدا باثنين يجوز يدا بيد هذا الجملة من الجامع الكبير انتهى ملخصا (بقى) هنا شئ ينبغى التنبيه عليه ايضا وقد ذكرته فى رسالتى المسماة تنبيه الرقود فى احكام النقود وهو انه قد شاع ايضا فى عرف البلاد الشامية وغيرها انهم يتبايعون بالقروش وهى قطع معلومة من الفضة كان كل واحدة منها باربعين مصرية ثم زادت قيمتها الآن على

الاربعين وبقى عرفهم على اطلاق القرش ويريدون به اربعين مصرية كما كان فى الاصل ولكن لايريدون عين القرش ولاعين المصريات بل يطلقون القرش وقت البيع ويدفعون بمقدار ماسموه فى العقد اما من المصريات اومن غيرها ذهبا اوفضة فصار القرش عندهم بيانا لمقدار الثمن من النقود الرائجة على السواء المختلفة المالية لالبيان نوعه ولالبيان جنسه يشترى احدهم بمائة قرش ثوبا مثلا ويدفع بمقابلة كل قرش اربعين مصرية اويدفع من القروش الصحاح العتيقة وتساوى الآن مائة وعشرين مصرية فيدفع كل قرش منها بدل ثلاثة قروش اومن الجديدة السليمية وتساوى الآن مائة مصرية بدل غرشين ونصف قرش اومن الجديدة المحمودية وتساوى الآن سبعين مصرية فيدفعها بدل قرش ونصف وربع اويدفع من الريال اومن الذهب على اختلاف انواعه المتساوية فى الرواج بقيمة المعلومة من المصريات (هكذا) شاع فى عرفهم من كبير وصغير وعالم وجاهل ولايفهمون عند الاطلاق غيره واذا ارادوا نوعا خاصا عينوه فيقول احدهم بعتك كذا بمائة قرش من الذهب الفلانى اوالريال الفلانى ولايفهم احدهم انه اذا اشترى واطلق ان الواجب عليه دفع عينها فقد صار ذلك عندهم عرفا قوليا وهو مخصص كما قدمناه عن التحرير وقد رأيت بفضل الله تعالى فى القنية نظير هذا حيث قال فى الباب المتعارف بين التجار كالمشروط برمز علاء الدين الترجمانى باع شيئا بعشرة دنانير واستقرت العادة فى ذلك البلد انهم يعطون كل خمسة اسداس مكان الدينار فاشتهرت بينهم فالعقد ينصرف الى مايتعارفه الناس فيمابينهم فى تلك التجارة ورمز لفتاوى ابى الفضل الكرمانى جرت العادة فيمابين اهل خوارزم انهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثى دينار محمودية اوثلثى دينار وطشوج نيشابورية قال يجرى على المواضعة ولاتبقى

الزيادة دينا عليهم انتهى (فهذا) نص فقهى فى اعتبار العرف بذكر الدينار ودفع اقل منه وزنا ممايساوى قيمته فلم يتعين المذكور فى العقد اعتبارا للعرف كالقرش فى عرفنا الان القرش فى عرفنا يراد به مايساوى قيمته من الفضة اوالذهب بانواعهما المختلفة فى القيمة المتساوية فى الرواج والاختلاف فى القيمة مع التساوى فى الرواج وان كان مانعا من صحة البيع لكن ذلك فيما يؤدى الى الجهالة بان كان يلزم منه اختلاف الثمن كما اذا اشترى بالفندق ولم يقيده بالقديم اوالجديد فان القديم الآن بخمسة وعشرين قرشا والجديد بعشرين قرشا فالبايع يطلب القديم والمشترى يريد دفع الجديد فيؤدى الى جهالة الثمن والمنازعة فلايصح بخلاف ما اذا قال اشتريته بعشرين قرشا مثلا ودفع الفندق الجديد مثلا اوغيره بقيمة المعلومة وقت العقد مماهو رايج فانه لاجهالة ولامنازعة فيه اصلا للعلم بان المراد بالقرش ليس عينه بل مايساويه فى القيمة من اى نقد كان لان المدار على معرفة مقدار الثمن ورفع الجهالة والمنازعة وذلك حاصل فيماذكر ولكن لوكان الغالب الغش على كل دراهم زماننا لم يبق اشكال فى المسئلة اصلا وانما يبقى الاشكال من حيث ان بعضها فضة غالبة وهذه لايجوز دفعها الاوزنا فنحتاج الى القول بالعرف للضرورة على ماقررناه سابقا والله تعالى اعلم (فان قلت) انما قدمته من ان العرف العام يصلح مخصصا للاثر ويترك به القياس انما هو فيما اذا كان عاما من عهد الصحابة ومن بعدهم بدليل ماقالوا فى الاستصناع ان القياس عدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من احد من الصحابة ولامن التابعين ولامن علماء كل عصر وهذا حجة يترك به القياس (قلت) من نظر الى فروعهم عرف ان المراد به ماهو اعم من ذلك الاترى انه نهى عن بيع وشرط وقد صرح الفقهاء بان الشرط المتعارف لايفسد البيع كشراء نعل على ان يحذوها

البايع اى يقطعها ومنه مالوشرى ثوبا اوخفا خلقا على ان يرقعه البايع ويخرزه ويسلمه فانهم قالوا يصح للعرف فقد خصصوا الاثر بالعرف وانما يصح دعواك تخصص العرف العام بماذكرته اذاثبت ان ماذكر من هذه المسائل ونحوها كان العرف فيها موجود اذمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم والافيبقى على عمومه مراده ماقابل العرف الخاص ببلدة واحدة وهوما تعامله عامة اهل البلاد سواء كان قديما اوحديثا ويدل عليه ماقدمناه عن الذخيرة فى ردما قاله بعض مشايخ بلخ من اعتبار عرف بلخ فى بيع الشرب ونحوه بان عرف اهل بلدة واحدة لايترك به القياس ولايخص به الاثر ولو كان المراد بالعرف ماذكرته لكان حق الكلام فى الرد عليهم ان يقال ان العرف الحادث لايترك به القياس الخ فليتأمل (ولوسلم) ان المراد بالعرف العام ماذكرته فاعتبار العرف الخاص ببلدة واحدة قول فى المذهب والقول الضعيف يجوز العمل به عند الضرورة كما بينته فى آخر شرح المنظومة والله تعالى اعلم بل ذكر فى فتح القدير مسئلة شراء النعل على ان يحذوها البايع انه يجوز البيع استحسانا ويلزم الشرط للتعامل ثم قال ومثله فى ديارنا شر القبقاب على ان يسمرله سيرا انتهى (فهذا) عرف حادث وخاص ايضا اذ كثيرمن البلاد لايلبس فيها القبقاب وقد جعله معتبرا مخصصا للنص الناهى عن بيع بشرط (الباب الثانى) فيما اذاخالف العرف ماهوظاهر الرواية فنقول اعلم ان المسائل الفقهية اماان تكون ثابتة بصريح النص وهى الفصل الاول واماان تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى وكثير منها مايبنيه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه بحيث لوكان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ماقاله اولا ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد انه لابد فيه من معرفة عادات الناس فكثيرمن الاحكام تختلف باختلاف الزمان لتغيرعرف اهله او الحدوث

ضرورة اوفساد اهل الزمان بحيث لوبقى الحكم على ما كان عليه اولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على اتم نظام واحسن احكام ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه لعلمهم بانه لوكان فى زمنهم لقال بماقالوابه اخذا من قواعد مذهبه (فمن ذلك) افتاؤهم بجواز الاستيجار على تعليم القرأن ونحوه لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الاول ولواشتغل المعلمون بالتعليم بلا اجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم ولواشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرأن والدين فافتوا باخذ الاجرة على التعليم وكذا على الامامة والاذان لذلك مع ان ذلك مخالف لمااتفق عليه ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد من عدم جواز الاستيجار واخذ الاجرة عليه كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقرأة القرآن ونحوذلك (ومن ذلك) قول الامامين بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهادة مع مخالفته لمانص عليه ابوحنيفة بناء على ماكان فى زمنه من غلبة العدالة لانه كان فى الزمن الذى شهدله رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية وهماادركا الزمن الذى فشافيه الكذب وقدنص العلماء على ان هذا الاختلاف اختلاف عصر وآوان لااختلاف حجة وبرهان (ومن ذلك) تحقق الاكراه من غيرالسلطان مع مخالفته لقول الامام بناء على ماكان فى زمنه من ان غير السلطان لايمكنه الاكراه ثم كثر الفساد فصار يتحقق الاكراه من غيره فقال محمد رحمه الله باعتباره وافتى به المتأخرون لذلك (ومن ذلك) تضمين الساعى مع مخالفته لقاعدة المذهب من ان الضمان على المباشر دون المتسبب ولكن افتوا بضمانه زجرا بسبب كثرة العادة المفسدين بل افتوا بقتله زمن الفترة

(ومن ذلك) مسائل كثيرة كتضمين الاجير المشترك وقولهم ان الوصى
ليس له المضاربة بمال اليتيم فى زماننا وافتائهم بتضمين الغاصب
عقار اليتيم والوقف وبعدم اجارته اكثر من سنة فى الدور واكثر
من ثلاث سنين فى الاراضى مع مخالفته لاصل المذهب من عدم
الضمان وعدم التقدير بمدة ومنع النساء عما كن عليه فى زمن النبى
صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلاة الجماعة وافتائهم
بمنع الزوج من السفر بزوجة وان اوفاها المعجل لفساد الزمان
وعدم قبول قوله انه استثنى بعد الحلف بطلاقها الا ببينة لفساد
الزمان مع ان ظاهر الرواية خلافه وعدم تصديقها بعد الدخول
بها بانها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر مع انها منكرة للقبض
وقاعدة المذهب ان القول للمنكر لكنها فى العادة لا تسلم نفسها
قبل قبضه وكذا قولهم فى قوله كل حل على حرام يقع به الطلاق
للعرف قال مشايخ بلخ وقول محمد لا يقع الا بالنية اجاب به على عرف
ديارهم اما فى عرف بلادنا فيريدون به تحريم المنكوحة فيحمل عليه
انتهى قال العلامة قاسم ومن الالفاظ المستعملة فى هذا فى مصرنا
الطلاق يلزمنى والحرام يلزمنى وعلى الطلاق وعلى الحرام انتهى
وكذا قولهم المختار فى زماننا قول الامامين فى المزارعة والمعاملة
والوقف لمكان الضرورة والبلوى وافتاء كثير منهم بقول محمد
بسقوط الشفعة اذا اخر طلب التملك شهرا دفعا للضرر عن المشترى
وبرواية الحسن ان الحرة البالغة العاقلة لو زوجت نفسها من غير
كفء لا يصح لفساد الزمان وافتائهم بالعفو عن طين الشارع
للضرورة وبيع الوفا وبالاستصناع وكذا الشرب من السقا بلا بيان
قدر الماء ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث وقدر الماء ونحو ذلك
من المسائل التى اختلف حكمها لاختلاف عادات اهل الزمان
واحوالهم التى لا بد للمجتهد من معرفتها وهى كثيرة جدا لا يمكن

استقصاؤها وسنذكر نبذة يسيرة مهمة منها (ويقرب) من ذلك
مسائل كثيرة ايضا حكموا فيها قرائن الاحوال العرفية كمسئلة
الاختلاف فى الميزاب وماء الطاحون وكذا الحكم بالحائط لمن له
اتصال تربيع ثم لمن له عليه اخشاب لانه قرينة على سبق اليد
وتجويزهم الشهادة بالملك لمن رأيت بيده شيئا يتصرف به وبالزوجية
لمن يتعاشران معاشرة الازواج وكذا مسئلة اختلاف الزوجين
فى امتعة البيت بجعل القول لكل واحد منهما فى الصالح له وللزوج
فى غيره وتحكيم سمة الاسلام وسمة الكفر فى الركاز وفى الصلاة
على القتلى فى الحرب مع الكفار وعدم سماع الدعوى ممن عرف
بحب المردان على تابعه الامرد بمال كما افتى به المولى ابو السعود
والتمرتاشى والرملى وحبس المتهم بقتل ونحوه عند ظهور الامارات
وجواز الدخول بمن زفت اليه ليلة العرس وان لم يشهد عدلان
بانها زوجة وقبول الهدية على يد الصبيان او العبيد واكل الضيف
من طعام وضعه المضيف بين يديه والتقاط ما ينبذ فى الطريق من نحو
قشور البطيخ والرمان والشرب من الحباب المسبلة وعدم جواز
الوضوء منها وعدم سماع الدعوى ممن سكت بعد اطلاعه على بيع
جاره اوقريبه دارا مثلا وعدم سماعها ممن سكت ايضا بعد رؤية
ذا اليد يتصرف فى الدار تصرف الملاك من هدم وبنا ومنها ما فى
آخر باب التحالف من البحر عن خزانة الاكمل وكذا فى التنوير
رجل فقير بيده فى بيته غلام معه بدرة فيها عشرون الفا دعاه
موسر معروف باليسار فهو للموسر وكذا كناس فى منزل رجل
وعلى عنقه قطيفة فهى لصاحب المنزل وكذا رجلان فى سفينة
فيها دقيق واحدهما بياع دقيق والآخر سفان فالدقيق للاول
والسفينة للثانى وكذا رجل يعرف ببيع شئ دخل منزل رجل ومعه
شئ من ذلك فادعياه فهو المعروف ببيعه انتهى (وكذا) ما فى كتب

الفتاوى رجل دخل منزل رجل فقتله رب المنزل وقال انه داعر دخل ليقتلني فلا قصاص لو الداخل معروف بالدعارة لكن في البزازية وتجب الدية استحسانا لان دلالة الحال اورثت شبهة في القصاص لا في المال وكذا ما في شرح السير الكبير للسرخسي لو وجد مع مسلم خمر وقال اريد تخليله اوليس لي فان كان دينا لا يتهم خلى سبيله لان ظاهر حاله تشهد له والبنا على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه ومثال ذلك من المسائل التي عملوا فيها بالعرف والقراين ونزل ذلك منزلة نطق الصريح اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال واليه الاشارة بقوله تعالى * ان في ذلك لآيات للمتوسمين * وقوله تعالى * وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه * الآية (وذكر) العلامة المحقق ابو اليسر محمد بن الفرس في الفواكه البدرية في الفصل السادس في طريق القاضي الى الحكم ان من جملة طرق القضاء القراين الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به فقد قالوا لو ظهر انسانه من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدما سريع الحركة عليه اثر الخوف فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها انسانا مذبوحا بذلك الحين وهو مصرج بدمائه ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار يؤخذ به وهو ظاهر اذ لا يمترى احد في انه قاتله والقول بانه ذبح نفسه او ان غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب احتمال بعيد لا يلتفت اليه لم ينشاء عن دليل انتهى (فان قلت) العرف يتغير ويختلف باختلاف الازمان فلو طرا عرف جديد هل للمفتي في زماننا ان يفتي على وفقه ويخالف المنصوص في كتب المذهب وكذا هل للحاكم الآن العمل بالقراين (قلت) مبنى هذه الرسالة على هذه المسئلة فاعلم ان المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه

من قوله هنا انه داعر
الى قوله في الورقة
الآتية ولذا قال في آخر
منية المفتي اشتمل على
تصحيف لانه في نسخة
المص ليس بخطه
(كاتبه)

الا لتغير الزمان والعرف وعلمهم بان صاحب المذهب لو كان في زمانهم لقال بما قالوه وقد اسمعناك ما فيه الكفاية من اعتبار العرف والزمان واختلاف الاحكام باختلافه فللمفتي الآن ان يفتي على عرف اهل زمانه وان خالف زمان المتقدمين وكذا للحاكم العمل بالقراين في امثال ما ذكرناه حيث كان امرا ظاهرا مما يستخرج به الحق من ظالم او يدفع دعوى متعنت ونحوه بعدم سماع دعواه او بحبسه او نحوه ولكن لابد لكل من المفتي والحاكم من نظر سديد واشتغال مديد ومعرفة بالاحكام الشرعيه والشروط المرعيه فان تحكيم القراين غير مطرد (الا ترى) لو ان مغربيا تزوج بمشرقية وبينهما اكثر من ستة اشهر فجاءت بولد كستة اشهر ثبت نسبه منه لحديث الولد للفراش مع ان تصور الاجتماع بينهما بعيد جدا لكنه ممكن بطريق الكرامة او الاستخدام فانه واقع كما في فتح القدير (وكذا) لو ولدت الزوجة ولدا اسودا وادعاه رجل اسود يشبه الولد من كل وجه فهو لزوجها الابيض ما لم يلاعن (وحديث) ابن زمعة في ذلك مشهور والقراين مع النص لا تعتبر وكذا لو كتب بخطه صكا بمال عليه لزيد فادعى زيد بما في الصك فانكر المال لا يثبت عليه وان اقر بان الخط خطه كما صرحوا به لان حجج الاثبات ثلاثة البينة والاقرار والنكول عن اليمين والخطايس واحدا منها وخطه وان كان ظاهر في صدق المدعي لكن الظاهر يصلح للدفع لا للاثبات على انه كثيرا ما يكتب الصك قبل اخذه المال (وكذا) لو شهد الشاهدان بخلاف ما قامت عليه القرينة فالمعتبر هو الشهادة ما لم يكذبها الحس كما لو شهد ابان زيد قتل عمرا ثم جاء عمرو حيا او ان الدار الافية اجرة مثلها كذا وكل من راها يقول ان اجرتها اكثر وقد يتفق قيام قرينة على امر مع احتمال غيره احتمالا قريبا كما لو رأى حجرا منقورا على باب دار كتب عليه وقفية الدار لا يثبت

قوله ظاهر لعل صوابه
ظاهرا باثبات الالف
وكذا قوله بعده بان زيد
(كاتبه)

كونها وقفا بمجرد ذلك كما صرحوا به لاحتمال ان من بناها كتب
ذلك واراد ان يقفها ثم عدل عن وقفها اومات قبله اووقفها لكن
استحقها مستحق اثبت انها ملكه او كانت تهدمت واستبدلت
اولم يحكم حاكم بوقفها فحكم آخر بصحة بيعها وغير ذلك
من الاحتمالات الظاهرة التى لا يثبت معها نزع الدار من يد المتصرف
بها تصرف الملاك من غير منازع مدة مديدة فانهم صرحوا
بان التصرف القديم من اقوى علامات الملك (وقال) الامام
ابو يوسف فى كتاب الخراج وليس للامام ان يخرج شيئا من يد احد
الا بحق ثابت معروف الخ فلذا كان الحكم بالقراين محتاجا الى نظر
سديد وتوفيق وتأييد (وعن هذا) قال بعض العلماء المحققين لابد
للحاكم من فقه فى احكام الحوادث الكلية وافقة فى نفس الواقع
واحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل
ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل
الواجب مخالفا للواقع الخ وكذا المفتى الذى يفتى بالعرف لابدله
من معرفة الزمان واحوال اهله ومعرفة ان هذا العرف خاص اوعام
وانه مخالف للقصة الاولى للنص اولا ولابدله من التخرج على استاذ ماهر
ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلايل فان المجتهد لابدله من معرفة
عادات الناس كما قدمناه فكذا المفتى (ولذا) قال فى آخر منية المفتى
لو ان الرجل حفظ جميع كتب اصحابنا لابد ان يتلمذ للفتوى حتى
يهتدى اليها لان كثيرا من المسائل يجاب عنه على عادات اهل
الزمان فيما لا يخالف الشريعة انتهى قريب منه ما نقله فى الاشباه
عن البزازية من ان المفتى يفتى بما يقع عنده من المصلحة (وقال) فى فتح
القدير فى باب ما يوجب القضا والكفارة من كتاب الصوم عند قول
الهداية ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر (وقال)
زفر يفطر فى الوجهين انتهى ما نصه والتحقيق ان المفتى فى الوقايع

قوله بعد العلماء لعل
صوابه بالضاد وفى هذه
العبارة سقط فليتأمل
(كاتبه) ✓

لابدله من ضرب اجتهاد ومعرفة باحوال الناس وقد عرف ان الكفارة
تفتقر الى كمال الجناية فينظر الى صاحب الواقعة ان كان ممن يعاف
طبعه ذلك اخذ بقول ابى يوسف وان كان ممن لا اثر لذلك عنده اخذ
بقول زفر انتهى (اقول) وهذا قريب مما قاله ابو نصر محمد بن سلام
من كبار ائمة الحنفية وبعض ائمة المالكية فى افطار السلطان فى رمضان
انه يفتى بصيام شهرين لان المقصود من الكفارة الانزجار ويسهل
عليه افطار شهر واعتاق رقبة فلا يحصل الزجر انتهى (وفى) تصحيح
العلامة قاسم فان قلت قد يحكون اقوالا من غير ترجيح وقد يختلفون
فى التصحيح قلت يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف واحوال الناس
وما هو الارفق بالناس وما ظهر عليه التعامل وما قوى وجهه
ولا يخلو الوجود من تمييز هذا حقيقة لا ظنا بنفسه ويرجع من لم يميز
الى من يميز انتهى (وقد) قالوا يفتى بقول ابى يوسف فيما يتعلق
بالقضا لكونه جرب الوقايع وعرف احوال الناس (وفى) البحر
عن مناقب الامام محمد رحمه الله تعالى للكردى كان محمد يذهب
الى الصباغين ويسال عن معاملتهم وما يديرونها فيما بينهم انتهى
(وفى) آخر الحاوى القدسى ومتى كان قول ابى يوسف ومحمد يوافق
الى قول ابى حنيفة لا يتعدى عنه الا فيما مست اليه الضرورة وعلم انه
لو كان ابو حنيفة رأى ما راوا لافتى به انتهى (وقد) صرحوا
بان قرأة الختم فى صلاة التراويح سنة قال فى الدر المختار لكن
فى الاختيار الافضل فى زماننا قدر ما يثقل عليهم واقره المص
(وغيره) وفى فضائل رمضان للزاهدى افتى ابو الفضل الكرمانى
والو برى انه اذا قرأ فى التراويح الفاتحة وآية اوآيتين لا يكره
ومن لم يكن عالما باهل زمانه فهو جاهل وصرحوا فى المتون وغيرها
من كتب ظاهر الرواية بان رمضان يثبت بخبر عدل ان كان فى السماء
علة والا فلا بد من جمع عظيم لان انفراد الواحد او الاثنين مثلا

برؤية الهلال مع توجه اهل البلد طالبين لما توجه هوله ظاهر في غلطه بخلاف ما اذا كان في السماء علة لاحتمال انه رآه بين السحاب ثم غطاه السحاب فلم يره بقية اهل البلد فلم يكن فيه دليل الغلط وروى الحسن عن الامام قبول الواحد والاثنين مطلقا قال في البحر ولم ار من رجح هذه الرواية وينبغي العمل عليها في زماننا لان الناس تكاسلوا عن تراى الاهلة فانتفى قولهم مع توجههم طالبين لما توجه هوله فكان التفرد غير ظاهر في الغلط انتهى (ولا يخفى) انه كلام وجيه خصوصا في زماننا هذا فان لو توقف ثبوته على الجمع العظيم لم يثبت الا بعد يومين او ثلاثة لما ترى من اهمالهم ذلك بل ترى من يشهد برؤيته كثيرا ما يحصل له الضرر من الناس من الطعن في شهادته والقدح في ديانته لانه كان سببا لمنعهم عن شهواتهم ومن جهل باهل زمانه فهو جاهل فجزاه الله عن اهل هذا الزمان خيرا (فهذا) كله وامثاله دلائل واضحة على ان المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان واهله والا يضيع حقوقا كثيرة ويكون ضرره اعظم من نفعه فانا نرى الرجل يأتي مستفتيا عن حكم شرعي ويكون مراده التوصل بذلك الى اضرار غيره فلو اخرجنا له فتوى عما سأل عنه نكون قد شاركناه في الاثم لانه لم يتوصل الى مراده الذي قصده الا بسببنا مثلا اذا جاء يسئل عن اخت له في حضانة امها وقد انتهت مدة الحضانة ويريد اخذها من امها وتعلم انه لو اخذها من امها لضاعت عنده وما قصده باخذها الا اذية امها او التوصل الى الاستيلا على مالها او ليزوجها لاخر ويتزوج بها بنته او اخته وامثال ذلك فعلى المفتي اذا رأى ذلك ان يحاول في الجواب ويقول له الاضرار لا يجوز ونحو ذلك وقد ذكر في البحر مسائل عن روض النووي وذكر انها توافق قواعد مذهبنا منها قوله فرع للمفتي ان يغلظ للزجر متأولا كما اذا سأله من له عبد عن قتله

وحشي ان يقتله جاز ان يقول ان قتلته قتلناك متأولا لقوله عليه الصلاة والسلام * من قتل عبده قتلناه * وهذا اذا لم يترتب على اطلاقه مفسدة انتهى وكتب في الدر المختار في باب القسامة فيما لو ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان منهم عليه لم تقبل عنده وقالا تقبل الخ نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي انه قال توقفت عن الفتوى بقول الامام ومنعت من اشاعة لما يترتب عليه من الضرر العام فان من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل النفس في المحلات الخالية من غير اهلها معتمدا على عدم قبول شهادتهم عليه حتى قلت ينبغي الفتوى على قولهما لاسيما والاحكام تختلف باختلاف الايام انتهى (وكتب) ايضا في رد المختار في باب العشر في مسئلة ما اذا زرع صاحب الارض ارضه ما هو ادنى مع قدرته على الاعلى قالوا وهذا يعلم ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس (قال) في العناية ورد بانه كيف يجوز الكتمان ولو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران مثلا فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان آه وكذا قال في فتح القدير قالوا لا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان الارض تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب انتهى (فان قلت) اذا كان على المفتي اتباع العرف وان خالف المنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية فهل هنا فرق بين العرف العام والعرف الخاص كما في القسم الاول وهو ما خالف فيه العرف النص الشرعي (قلت) لا فرق بينهما هنا الا من جهة ان العرف العام يثبت به الحكم العام والعرف الخاص يثبت به حكم الخاص وحاصله ان حكم العرف يثبت على اهله عاما او خاصا فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على اهل سائر البلاد والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك

البلدة فقط (ولهذا) قال العلامة السيد احمد الحموى فى حاشيته على الاشباه مانصه قوله الحكم العام لايثبت بالعرف الخاص يفهم منه ان الحكم الخاص يثبت بالعرف الخاص ومنه ماتقدم فى الكلام على المدارس الموقوفة على درس الحديث ولايعلم ان الواقف اراد قرأة مايتعلق بمعرفة المصطلح اوقرأة متن الحديث حيث قيل باتباع اصطلاح كل بلد انتهى يعنى ان كان واقف المدرسة فى بلدة تعارف اهلها اطلاق المحدث على العالم بمصطلح الحديث اى بعلم اصوله كالنخبة ومختصر ابن الصلاح والفية العراقى يصرف الوقف اليه وان تعارفوا اطلاقه على العالم بمتن الحديث كصحيح البخارى ومسلم يصرف اليه وقدمنا عن مشايخ بلخ انهم قالوا فى كل حل على حرام ان محمدا قال لايقع الطلاق الابالنية بناء على عرف دياره امافى عرف بلادنا فيقع فهذا صريح فى اعتبار عرف بعض البلاد واعتبار العرف الحادث على عرف قبله واصرح منه انهم ذكروا فى المتون وغيرها فى باب الحقوق ان العلو لايدخل بشراء بيت بكل حق هوله وبشراء منزل لايدخل الابكل حق هوله اوبمرافقه ويدخل فى الدار مطلقا فقال فى البحر نقلا عن الكافى ان هذا التفصيل مبنى على عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل والاحكام تبتنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف اهله آه (وفيه) فى فصل مايدخل فى البيع تبعا ان السلم المنفصل لايدخل فى البيع فى عرفهم وفى عرف القاهرة ينبغى دخوله مطلقا لان بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه آه واصله فى فتح القدير وهومأخوذ من قول الهداية فى دخول المفتاح تبعا للغلق لانه لاينتفع به الابه (وفى الاشباه) حلف لايأكل لحما حنث باكل الكبد والكرش على مافى الكنز مع انه لايسمى لحما عرفا ولذا قال فى المحيط انه انما يحنث على عادة اهل الكوفة وانما فى عرفنا فلايحنث لانه لايعد لحما انتهى وهو حسن جدا

(ومن) هنا وامثاله علم ان العجمى يعتبر عرفه قطعا ومن هنا قال الزيلعى فى قول الكنز والواقف على السطح داخل ان المختار ان لايحنث فى العجم لانه لايسمى داخلا عندهم انتهى كلام الاشباه (وفيها) ايضا عن منية المفتى دفع غلامه الى حايك مدة معلومة لتعليم النسج ولم يشرط الاجر على احد فلما علم العمل طلب الاستاذ الاجر من المولى والمولى من الاستاذ ينظر الى عرف اهل تلك البلدة فى ذلك العمل الخ (وفيها) ايضا لوباع التاجر فى السوق شيئا بثمن ولم يصرحا بحلول ولاتأجيل وكان المتعارف فيما بينهم ان البايع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما انصرف اليه بلابيان قالوا لان المعروف كالمشروط انتهى ولاشك ان هذا لم يتعارف فى كثير من البلاد فاعتبر فيه عرف اهل ذلك السوق الخاص مع ان المنصوص عليه فى كتب المذهب حلول الثمن مالم يشترط تأجيله ومثله ماصرح به اصحاب المتون كالكنز وغيره فيما لوحلف لايأكل خبزا اورأسا من ان الخبز مااعتاده اهل بلدة والرأس مايباع فى مصره وذكر الشراح ان على المفتى ان يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر وقع الحلف فيه وفى باب الربا من البحر عن الكافى والفتوى على عادة الناس (فهذه) النقول ونحوها دالة على اعتبار العرف الخاص وان خالف المنصوص عليه فى كتب المذهب مالم يخالف النص الشرعى كما قدمناه وكيف يصح ان يقال لايعتبر مطلقا مع ان كل متكلم انما يقصد مايتعارفه (وفى) جامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف انتهى وفى فتاوى العلامة قاسم التحقيق ان لفظ الواقف والموصى والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع اولا آه (وفى شرح) السير الكبير للسرخسى الحاصل انه يعتبر فى كل موضع عرف اهل ذلك الموضع فيما يطلقونه عليه من الاسم اصله ماروى ان رجلا

سال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان صاحبالنا اوجب بدنة افيجزيه البقرة فقال ممن صاحبكم فقال من بنى رباخ فقال ومتى اقتنت بنوا رباح البقر انما وهم صاحبكم الابل انتهى (اقول) وبما قررناه تبين لك ان ماتقدم عن الاشباه من ان المذهب عدم اعتبار العرف الخاص انماهو فيما اذا عارض النص الشرعى فلايترك به القياس ولايخص به الاثر بخلاف العرف العام كمامر تقريره فيما نقلناه عن الذخيرة فى الباب الاول واما العرف الخاص اذا عارض النص المذهبى المنقول عن صاحب المذهب فهومعتبر كمامشى عليه اصحاب المتون والشروح والفتاوى فى الفروع التى ذكرناها وغيرها وشمل العرف الخاص القديم والحادث كالعرف العام وبما قررناه ايضا اتضح لك معنى ماقاله فى القنية واشرناله فى البيت السابق من انه ليس للمفتى ولاللقاضى ان يحكما بظاهر الرواية ويتركا العرف والله تعالى اعلم (تنبيه) اعلم ان كلا من العرف العام والخاص انمايعتبر اذا كان شايعا بين اهله يعرفه جميعهم ولهذا نقل البيرى فى شرح الاشباه عن المستصفى مانص التعامل العام اى الشايع المستفيض والعرف المشترك لايصح الرجوع اليه مع التردد اه ثم نقل عن المستصفى ايضا مانص ولايصلح مقيدا لانه لما كان مشتركا صار متعارضا انتهى (فقوله) التعامل العام يشمل العام مطلقا اى فى جميع البلاد والعام المقيد اى فى بلدة واحدة فكل منهما لايكون عاما تبنى الاحكام عليه حتى يكون شايعا مستفيضا بين جميع اهله اما لوكان مشتركا فلاينبغى عليه الحكم للتردد فى ان المتكلم قصد هذا المعنى او المعنى الآخر فلايتقيد احد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك (اقول) وينبغى تقييد ذلك بما اذا لم يغلب احد المعنيين على الآخر كمايشعر به قوله والعرف المشترك فان الاشتراك يقتضى تساوى المعنيين وكذا قوله صار متعارضا فان المرجوح

لايعارض الراجح وانما المتعارضان ماكانا متساويين اما لوكان احدهما اشهر كانت الشهرة قرينة على ارادته (ولذا) قال فى الاشباه انماتعتبر العادة اذا اطردت اوغلبت ولذا قالوا فى البيع لو باع بدراهم اودنانير وكانا فى بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيع الى الاغلب قال فى الهداية لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه انتهى فهذا صريح بماقلناه والله تعالى اعلم

(فصل) فى ذكر بعض فروع مهمة مبنية على العرف منها مافى الذخيرة البرهانية وغيرها لو جهز ابنته ثم ماتت فادعى انه دفعه عارية لاملكا فالقول للزوج لان الظاهر التمليك وحكى عن السغدى انه للاب لانه اليد من جهته وقال الصدر الشهيد فى واقعاته المختار للفتوى ان القول للزوج اذا كان العرف مستمرا ان الاب يدفع مثله جهازا لاعارية كمافى ديارنا وان كان مشتركا فالقول للاب انتهى ومشى عليه فى التنوير من كتاب العارية وكذا فى الاشباه (وصرح) ايضا بان هذا التفصيل هو المختار للفتوى وحكى عن قاضى خان قولا رابعا وهو قوله وعندى ان الاب ان كان من كرام الناس واشرافهم لم يقبل قوله وان كان من الاوساط قبل انتهى (واقول) ويمكن التوفيق بان القول الاول مبنى على استمرار العرف بقرينة قوله لان الظاهر التمليك اى الظاهر فى العرف والعادة المستمرة اما اذا لم يكن ذلك هو العادة المستمرة لم يكن التمليك ظاهرا بل كان القول للاب لانه لايعرف الا من جهته وعلى هذا يحمل قول السغدى انه للاب واما ماذكره قاضى خان فهو فى الحقيقة بيان لموضع الاستمرار وموضع الاشتراك الواقعين فى القول المختار للفتوى بان استمرار دفعه جهازا لاعارية انماهو فيما اذا كان الاب من الاشراف وان عدم الاستمرار انماهو فيمابين اوساط الناس لكن قد يقال ان الدفع عارية نادر بين الاوساط والعبرة للغالب كماحررناه آنفا وح

فقولهم وان كان مشتركا فالقول للاب معناه اذا كان الاشتراك على سبيل التساوى اما لو ترجح احدهما كما هو الواقع فى زماننا فيما بين اكثر الناس من الدفع تمليكا فالاظهر ان القول للزوج لان الشايع الغالب هو الظاهر والظاهر يصلح للدفع فتندفع به دعوى الاب انه عارية (لكن) بقى هنا شئ وهو ان ظاهر كلامهم ان القول للزوج وان صرح بدعوى التمليك مع ان التصريح بذلك اقرار بملك الاب ودعوى انتقاله الى البنت ولا عبرة للظاهر مع الاقرار (ويدل) ذلك ما فى البحر عن البدايع فى مسئلة اختلاف الزوجين فى متاع البيت من ان القول لكل منهما فيما يصلح له لان الظاهر شاهد له ما لم تقر المرأة بان هذا المتاع اشتراه الزوج فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة انتهى (ثم) قال وكذا اذا ادعت انها اشترته منه كما فى الخانية ولا يخفى انه لو برهن على شرائه كان كاقرارها بشرائه منه فلابد من بينة على الانتقال اليها منه بهبة ونحوها ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على انه ملكها ذلك كما تفهمه النسا والعوام وقد افتيت بذلك مرارا انتهى (اقول) وقد يجاب بالفرق بين المسئلتين بان العرف المستمر فى تمليك الاب الجهاز مصدق لدعوى التمليك فلم يعتبر ما استلزمته الدعوى من الاقرار اما مسئلة الامتعة فان العرف يستمر فيها هو ملك المراة للصالح لها وهى لم تدعى الملك حتى يكون العرف مصدقا لها بل ادعت التمليك الذى لا يصدق العرف فاعتبر ما استلزمته دعواها من الاقرار (ونظيره) ما قالوا فيما لو ارسل الى زوجته شيئا وادعى انه من المهر وادعت انه هدية فالقول له فى غير المهيا للاكل والقول لها فى المهيا له كخبز ولم يشوى لان الظاهر يكذبه (وكذا) لو ادعت انه من المهر وادعى انه وديعة فان كان من جنس المهر فالقول لها والا فله بشهادة

الظاهر فقد حكموا الظاهر فى المسئلتين لكن الثانية اشبه بمسئلتنا لان فى الاولى اتفاقا على التمليك واختلفا فى صفته وفى الثانية ادعت المرأة التمليك وانكره وجعلوا القول لها عملا بالظاهر كما فى مسئلة الجهاز والله تعالى اعلم مقتضى انها لو ادعت المبعوث انه من الكسوة الواجبة عليه وهو من جنسها ان يكون القول قولها كما فى المهر وعلى هذا فقوله فى البحر ولا يكون استمتاعها بمشريه الخ ينبغى تقييده بنحوه اثاث المنزل من نحو فراش وحصير وآوان بخلاف ثياب البدن التى البسها اياها فليس له اخذها منها كما قالوا فيما لو اتخذ لولده الكبير او تلميذه ثيابا وسلمها اليه ليس له دفعها لغيره وكذا الصغير وان لم يسلم اليه (ومنها) ما مر من دخول العلو فى بيع البيت والمنزل والدار وان لم يذكر بحقوقه ومرافقه بناء على العرف الحادث كما مر عن الكافى وان ما فى المتون من التفصيل مبنى على عرف الكوفة (اقول) وعلى هذا فما فى المتون ايضا من ان الشرب لا يدخل فى البيع بدون التصريح او ذكر الحقوق مبنى على عرفهم ايضا ولا شك فى دخوله فى عرف ديارنا الشامية فان الدار التى لها شرب يجرى اليها تزداد قيمتها زيادة وافرة وقد كنت ذكرت ذلك بحثا فيما علقته على البحر ثم قريبا من كتابتى لهذا المحل صارت هذه المسئلة واقعة الفتوى حيث باع رجل دارا عظيمة بصالحية دمشق مشتملة على مياه عزيزة يقصدها الامرا وكبار التجار للتنزه ايام الصيف والربيع فاراد البايع ان يمنع الماء عن الدار ليتوصل الى مقابلة البيع مع المشترى لان الدار بدون الماء ربما لا تساوى نصف الثمن وتعلل بما ذكره الفقهاء من عدم الدخول بلا ذكر كل حق ونحوه فاجبت بانه ليس له ذلك بناء على العرف (ثم) راجعت الذخيرة البرهانية فى الفصل الخامس فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحا وما لا يدخل فرأيته قال بعد ما ذكر مسئلة الشرب

والطريق والبستان فالاصل ان ماكان فى الدار من البنا اوكان متصلا به يدخل فى بيعها من غير ذكر بطريق التبعية ومالا فلا الا اذا كان شيئا جرى العرف فيه فيما بين الناس ان البايع لايمنعه عن المشترى فح يدخل وان لم يذكره فى البيع والمفتاح يدخل استحسانا لاقياسا لانه غير متصل بالبنا وقلنا بالدخول بحكم العرف والقفل ومفتاحه لايدخلون والسلم ان كان متصلا بالبنا يدخل والافلا ومثله السرير انتهى ملخصا فعلم من قوله فقلنا بالدخول بحكم العرف ان مانصوا على عدم دخوله انما لم يدخل لعدم التعارف بدخوله وانه لوجرى العرف بدخوله لدخل فالشرب لم يتعارفوا دخوله فقالوا انه لايدخل والمفتاح تعارفوا دخوله فقالوا ان يدخل ويدل على ذلك انه بعد ان ذكر عدم دخول الشرب والطريق قال والاصل الخ فبين بذلك الاصل ان ماكان القياس عدم دخوله انما لايدخل اذا لم يتعارف دخوله فاذا تعورف دخوله دخل لان العرف يعارضه القياس ولذا دخل المفتاح فاذا تعورف دخول الشرب كما فى زماننا يدخل ويدل على ذلك ايضا انهم نصوا على ان السلم الغير المتصل لايدخل اى لعدم العرف مع انه فى الفتح والبحر صرحا بدخوله فى بيت المبيع بالقاهرة دون غيرها لان بيوتهم طبقات لاينتفع بها الابه كما قدمناه (فاذا) دخل السلم الذى نص الفقهاء صريحا على عدم دخوله اعتبارا للعرف الخاص باهل القاهرة لانه لاينتفع بالبيت الابه مع ان المشترى يمكنه ان يعمل سلما لنفسه بقيمة يسيرة فيما بالك بالشرب الذى لواراد المشترى ان يجرى بدله شربا آخر يحتاج الى ان ينفق قدر قيمة الدار او اكثر مع انه لائتلاف اهل ديارنا على جريان المياه فى دورهم لايمكنهم الانتفاع بالدار الابمائها والدار التى لاماء لها لايسكنها غالبا الا العاجز عن شراء دار لها ماء جار ولاسيما اذا كانت الدار معدة للتنزه مثل الدار المذكورة فى الحادثة فان اعظم المقاصد

من سكنائها التنزه بمائها العزيز واذا بنيت هذه الدار فى احسن موضع من صالحية دمشق هوا اكثرها ماء واعدلها هواء فلا ينبغى التردد فى دخول مائها تبعا لها والله تعالى اعلم (ومنها) انهم قالوا الحلف بالعربية فى الفعل المضارع المثبت لايكون الا بحرف التأكيد وهو اللام والنون كقوله * والله لافعلن * كذا حتى لو قال * والله افعل * كذا كانت يمينه على النفى وتكون لامضمرة كما فى * تالله تفتؤ تذكر يوسف * فكانه قال * والله لاافعل * لامتناع حذف حرف التوكيد فى الاثبات بخلاف حرف النفى (قال) شيخ الاسلام العلامة المحقق الشيخ على المقدسى فى شرحه على نظم الكنز فعلى هذا اكثر مايقع من العوام لايكون يمينا لعدم اللام والنون فلا كفارة عليهم فيها انتهى اى لايكون يمينا على الاثبات فلا كفارة عليهم اذا تركوا ذلك الشئ ثم قال لكن ينبغى ان تلزمهم لتعارف الحلف بذلك ويؤيده مانقلناه عن الظهيرية انه لوسكن الهاء اورفع اونصب بالله يكون يمينا مع ان العرب مانطقت بغير الجر انتهى (قال) العلامة الشيخ ابراهيم الحلبى فى حاشيته على الدر المختار وقول بعض الناس انه يصادم المنقول فى المذهب يجاب عنه بان المنقول فى المذهب كان على عرف صدر الاسلام قبل ان تغير اللغة واما الآن فلا يأتون باللام والنون فى مثبت القسم اصلا ويعرفون بين الاثبات والنفى بوجود لا وعدمها وما اصطلاحهم على هذا الا كاصطلاحهم لغة الفرس ونحوها فى الايمان لمن تدبر انتهى (قلت) وكهذه المسئلة ماذكره فى الجر فى باب التعليق ان جواب الشرط يجب اقترانه بالفاء اذا وقع جملة اسمية او فعلية فعلها طلبى او جامدا ومقرون بما او قد او لن او تنفيس او القسم او رب فلا يتحقق التعليق الا بالفاء فى هذه المواضع الا ان يتقدم الجواب فيتعلق بدونها على ان الاول هو الجواب عند الكوفيين او دليل الجواب عند البصريين فلو لم يأت بالفا فى موضع وجوبها كان منجزا كان

دخلت الدار انت طالق فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه
وعن ابى يوسف انه يتعلق حملا بكلامه على الفائدة فتضمر الفاء
بناء على قول الكوفيين بجواز حذفها اختيارا ومنعه اهل البصرة
وعليه تفرع المذهب (واورد) على البصريين قوله تعالى * وان
اطعتموهم انكم لمشركون * واجيب بانه على تقدير القسم انتهى
ملخصا ولم يفرق بين العالم والجاهل وينبغى على مامر اعتبار العرف
فان العوام لايفرقون بين اثباتها وحذفها مع قصدهم التعليق
فينبغى ان يتعلق قضاء وديانة اخذا بماروى عن ابى يوسف وذكر
فى البحر ايضا فى اول باب الكنايات عند قوله فتطلق واحدة رجعية
فى اعتدى واستبرى رحمك وانت واحدة فقال واطلق فى واحدة
(فافاد) انه لامعتبر باعرابها وهو قول العامة وهو الصحيح لان العوام
لايميزون بين وجوه الاعراب والخواص لايلتزمونه فى كلامهم
عرفا بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم وقد ذكرنا فى شرحنا
على المنار انهم لم يعتبروه هنا واعتبروه فى الاقرار فيما لو قال درهم
غير دوانق رفعا ونصبا فيحتاجون الى الفرق انتهى وفى اقرار الدر
المختار قال اليس لى عليك الف فقال بلى فهو اقرار وان قال نعم فلا
وقيل نعم اى يكون اقرارا لان الاقرار يحمل على العرف لاعلى
دقايق العربية كذا فى الجوهرة انتهى وذكر فى كتاب السرقة
قال اناسارق هذا الثوب قطع ان اضاف لكونه اقرارا بالسرقة
وان نونه ونصب الثوب لايقطع لكونه عدة لااقرارا كذا فى الدرر
وتوضيحه انه اذاقيل هذا قاتل زيد اى بالاضافة معناه انه قتله
واذاقيل قاتل زيدا معناه انه يقتله والمضارع يحتمل الحال والاستقبال
فلا يقطع بالشك قلت فى شرح الوهبانية ينبغى الفرق بين العالم
والجاهل لان العوام لايفرقون انتهى مافى الدر المختار (وذكر)
فى التلويح ان نعم لتقرير ماسبق من كلام موجب اومنفى استفهاما

اوخبرا وبلى مختصة بايجاب النفى السابق استفهاما اوخبرا قال
فبلى هذا لايصح بلى فى جواب كان لى عليك كذا ولايكون نعم اقرارا
فى جواب اليس لى عليك كذا الا ان المعتبر فى احكام الشرع هو العرف
حتى يقام كل منهما مقام الآخر ويكون اقرارا فى جواب الايجاب
اوالنفى استفهاما اوخبرا انتهى (وهذا) مؤيد لماقلنا وقدمنا
عن العلامة قاسم ان لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته
ولغته وافقت لغة العرب اولا ويدل على ذلك ايضا ان الكلام
العربى على اختلاف لغاته انما وضع للتفاهم والتخاطب ولاشك
ان كل متكلم يقصد مدلول لغته فيحمل كلامه عليها وان خالفت
لغة الحاكم والقاضى باعتبار قصده الاترى ان الكوفى لواسقط الفاء
صح تعليقه الشرط وليس القاضى البصرى الحكم عليه بالتنجيز
فنفرض اهل زماننا بمنزلة الكوفى بل يحمل كلامهم على مرادهم
وان خالف مذاهب النحاة (ولهذا) افتى المتأخرون بان على الطلاق
لاافعل كذا تعليق مع انه ليس فيه اداة تعليق اصلا اذلاشك ان لغة
هذا الزمان الملحونة صارت بمنزلة لغة اخرى لايقصدون غيرها
فحمل كلامهم على غير لغتهم صرف له الى غير معناه ولايجب مراعاة
الالفاظ اللغوية والقواعد العربية الا فى القرآن والحديث وانما
بنى الفقهاء الاحكام على القواعد العربية لانها المعلومة لهم لا لكون
القواعد العربية متعبدا بها لايجوز العدول عن مراعاتهم فعلم
ان كلامهم مع العربى ومن التزم لغة العرب والله اعلم ويدل عليه
مايأتى فى تقرير المسئلة التالية لهذه (ومنها) مسئلة اختلف فيها
المتأخرون وهى انعقاد النكاح بلفظ التجويز بتقديم الجيم فافتى
صاحب التنوير العلامة الغزى بعدم الانعقاد وله فيه رسالة حاصلها
الاستدلال بمافى التلويح للسعد التفتازانى من ان اللفظ اذاصدر
لاعن قصد صحيح بل عن تحريف وتصحيف لم يكن حقيقة ولامجازا

لعدم العلاقة بل غلطا فلا اعتبار به اصلا انتهى قال عمدة المتأخرين العلامة الشيخ علاء الدين فى الدر المختار بعد نقله ذلك نعم لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة وصدرت عن قصد كان ذلك وضعا جديد افيصح كما افتى به المرحوم ابو السعود انتهى (اقول) وافتى به ايضا العلامة المرحوم الشيخ خير الدين الرملى فى فتاواه ورد ما قاله الغزى بقوله ولاشك ان الصادر من الجهلة الاغمار تصحيف لادخل فيه لبحث الحقيقة والمجاز ولا لنفى الاستعارة المرتب على عدم العلاقة فيه اذ معناه الاصلى اى معنى لفظ التجويز وهو التسويغ او جعله مارا غيره ملاحظ لهم اصلا اذ العامى بمعزل عن درك ذلك وحيث كان تصحيفا وغلطا فجميع ما جاء به الغزى لايصلح لاثبات المدعى وحيث اقر بانه تصحيف كيف يجىء له نفى العلاقة والاستدلال بما ذكره السعد وغاية اثبات عدم صحة الاستعمال ولامنكر له بل مسلم كونه تصحيفا بابدال حرف مكان حرف فلم يتعد الدليل صورة المسئلة نعم لو صدر من عارف يأتى فيه ما يأتى فى الالفاظ المصرح بعدم الانعقاد بها وهو والله اعلم محل فتوى الشيخ زين بن نجيم ومعاصريه فيقع الدليل فى محله ح ولهذا الوجه كان الحكم عند الشافعية كذلك فان المصرح به فى عامة كتبهم انه لايضر من عامى ابدال الزاى جيما مع انهم احسن منا بالفاظه اذ لايصح عندهم الا بلفظ التزويج والانكاح ولم تر فى مذهبنا ما يوجب المخالفة لهم والله اعلم انتهى وتمام تحقيق هذه المسئلة فى حاشيتنا رد المختار (ومنها) مسئلة بيع الثمار على الاشجار عند وجود بعضها دون البعض فقد اجازه بعض علمائنا للعرف قال فى الذخيرة البرهانية فى الفصل السادس من البيع واذا اشترى ثمار بستان وبعضها قد خرج وبعضها لم يخرج فهل يجوز هذا البيع ظاهر المذهب انه لايجوز وكان شمس الائمة الحلوانى يفتى بجوازه فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وكان

يزعم انه مروى عن اصحابنا وهكذا حكى عن الشيخ الامام الجليل ابى بكر محمد بن الفضل انه كان يفتى بجوازه وكان يقول اجعل الموجود اصلا فى هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا يشترط ان يكون الخارج اكثر لان الاقل تابع للاكثر ولا يجعل الاكثر تابعا للاقل (وقد) روى عن محمد فى بيع الورد على الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض قال شمس الائمة السرخسى والصحيح عندى انه لايجوز هذا البيع لان المصير الى هذا الطريق انما يكون عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا لانه يمكنه ان يبيع اصول هذه الاشياء مع ما فيها من الثمرة وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشترى وعلى هذا نص القدورى فان كان البايع لايعجبه بيع الاشجار فالمشترى يشترى الثمار الموجودة ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى الى وقت وجوده او يشترى الموجود بجميع الثمن ويحل له البايع الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ولا ضرورة الى تجويز العقد فى المعدوم انتهى (وذكر) حاصل ذلك فى البحر وذكر ان شمس الائمة نقل عن الامام الفضلى ما مر ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج انتهى ثم ذكر عن المعراج ان الاصح ما ذهب اليه السرخسى وهو ظاهر المذهب من عدم الجواز فى المعدوم اى بناء على ما مر عن السرخسى من عدم الضرورة لامكان التخلص عن ذلك (اقول) لاشك فى تحقق الضرورة فى زماننا لغلبة الجهل على عامة الباعة فانك لاتكاد تجد واحدا منهم يعلم هذه الحيلة ليتخلص بها عن هذه الغاية ولا يمكن العالم تعليمهم ذلك لعدم ضبطهم ولو علموا

ذلك لايعلمون الابما الفوا واعتادوا وتلقوه جيلا عن جيل ولقد صدق
الامام الفضلى فى قوله ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس
عن عاداتهم حرج فهو نظر الى ان ذلك غير ممكن عادة فاثبت
الضرورة والامام السرخسى نظر الى انه ممكن عقلا بماذكره من الحيلة
فنفى الضرورة ولايخفى ان المستحيل العادى لاحكم له وان امكن
عقلا وفيما ذكره الامام الفضلى تيسير على الناس ورحمة بهم من حيث
صحة بيعهم وحل اكلهم الثمار والخضروات وتناولهم اثمان ذلك
نعم من كان عالما بالحكم لايحل له مباشرة هذا العقد لعدم الضرورة
فى حقه تأمل (ولكن) بقى شئ آخر وهو انهم صرحوا بان بيع
الثمار على الاشجار انما يصح اذا شراها مطلقا او بشرط القطع
اما بشرط الترك على الاشجار فلا يصح لانه لايقتضيه البيع وفيه
لاحد المتعاقدين منفعة وهى زيادة النمو والنضج ولايخفى انهم
فى هذا الزمان وان لم يشترطوا الترك لكنه معروف عندهم وقد قالوا
ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ولو علم المشترى ان البايع يأمره
بالقطع لم يرض بشرائه بعشر الثمن وايضا يشترون البطيخ والخيار
والبازنجان ونحوها من الخضروات بشرط ابقائها صريحا
وبشرط ان يسقيها البايع مرات متفرقات معدودة حتى تنموا ويظهر
مالم يكن منها ظاهر ولم ار من صرح بجواز ذلك بناء على العرف
وينبغى جوازه بناء على مامر فانه حيث جاز للعرف بيع المعدوم
مع ان بيعه باطل لافاسد فيجوز البيع مع هذا الشرط بالاولى فتأمل
ذلك واعمل بما يظهر لك فانى لا اجزم بما قلته لانى لم ار من صرح به
والفكر خوان (ومنها) بيع المظروف كزيت مثلا على ان يزنه
ويطرح للظرف ارطالا معلومة فانه شرط فاسد لان مقتضى العقد
طرح مقدار وزنه لكنه قد تعارفه الناس فى عامة البلدان وقد
يستأنس له بماذكر وافى المتون انه يصح بيع نعل على ان يحذوه

ويشركه قال فى البحر والقياس فساده لما فيه من النفع للمشترى
مع كون العقد لايقتضيه وماذكره فى المتن جواب الاستحسان
للتعامل وفى الخروج عن العادة حرج بين بخلاف اشتراط خياطة
الثوب لعدم العادة فبقى على اصل القياس وتسميرا القبقاب كتشريك
النعل كما فى فتح القدير وفى البزازية اشترى ثوبا اوخفا خلقا على
ان يرقعه البايع ويخرزه ويسلمه صح للعرف ومعنى يحذوه يقطعه
انتهى مافى البحر (وذكر) قبله فى ضابط فساد البيع بشرطانه
كل شرط لايقتضيه العقد ولايلايمه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
اوللمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع
بجوازه قال فلابد فى كون الشرط مفسدا للبيع من هذه الشرائط
الخمسة فان كان الشرط يقتضيه العقد لايفسد كشرط ان يحبس
المبيع الى قبض الثمن ونحوه (وان كان) لايقتضيه لكن ثبت تصحيحه
شرعا فلامرد له كشرط الاجل فى الثمن وفى المبيع السلم وشرط
الخيار لايفسده وان كان متعارفا كشراء نعل على ان يحذوها البايع
او يشركها فهو جائز الخ انتهى فقد جعل الشرط المتعارف كالشرط
الثابت تصحيحه شرعا وعلل المسئلة فى الذخيرة بقوله لان التعارف
والتعامل حجة يترك بها القياس ويخص به الاثر انتهى ومقتضى هذا الجواز
فى مسئلة بيع المظروف وكذا مسئلة بيع الثمار لانه شرط فيه تعامل عامة
الناس فى عامة البلدان اكثر من تعاملهم بيع النعل على ان يحذوها
ومن تعامل بيع الثوب على ان يرقعه بل ماسمعنا بذلك فى زماننا
وان وقع فهو من افراد نادرة لايثبت به تعامل وكانه كان فى زمن
السلف اوفى بعض البلاد اما بيع المظروف فهو شايع مستفيض
وكثيرا مايكون فيه ضرورة فان كثيرا من المبيعات المظروفة لايمكن
اخراجها من ظرفها بل تباع معه ويطرح للظرف مقدار معلوم
بين التجار او بين المتعاقدين لايحصل فيه تفاوت كثير ولايؤدى

الى منازعة الانادرا والنادر لاحكم له وهذا ايضا لست اجزم به لانى لم ارا احد قال به المصرح به فى عامة الكتب القديمة والحديثة خلافه ولايطمئن القلب الى العمل بما لم يصرح احد به نعم ما ذكرته من الشواهد يؤيده وفيه تيسير عظيم ولكن هذا بالنسبة الى بيع الناس فيما بينهم اثلا يحكم بفساد بيعهم والحاقه بالربا اما العالم بالحكم فلا ينبغى له فعل ذلك بل عليه التنزه عن افعال عوام الناس واتباع ما قاله الفقهاء اذ لاضروة الى العدول عنه بالنسبة اليه بخلافه بالنسبة الى عامة الناس والله تعالى اعلم (ومنها) ما تعارفه عليه اهل زماننا من اخذ عشر الاراضى المستأجر دون الموجر عملا بقول الامامين وقال ابو حنيفة ان على الموجر واقتصر عليه فى الخصاف والاسعاف وقدمه قاضيخان وبه افتى جماعة من متأخرى الحنفية كالشيخ خير الدين الرملى والشيخ اسماعيل الحايك مفتى دمشق تلميذ الشيخ علاء الدين الحصكفى والشيخ زكريا افندى وعطاء الله افندى المفتيين فى دار السلطنة المحمية وتبعهم مفتى دمشق حامد افندى العمادى (اقول) وقد وقعت هذه الحادثة فى زماننا وتكرار السؤال عنها وملت فيها الى الجواب بقول الامامين لانه قول مصحح ايضا فقد قال فى الدر المختار عن الحاوى القدسى وبقولهما نأخذ ولانه يلزم على قول الامام فى زماننا حصول ضرر عظيم على جهة الاوقاف وغيرها لا يقول به احد وذلك انه جرت العادة فى زماننا ان اصحاب التيمار والزعما الذين هم وكلاء السلطان نصره الله تعالى يأخذون العشر والخراج من المستأجرين وكذا جرت العادة ايضا ان حكام السياسة يأخذون الغرامات الواردة على الاراضى من المستأجرين ايضا وغالب القرى والمزارع اوقاف والمستأجر بسبب ما ذكرناه لا يستأجر الارض الا باجرة يسيرة جدا فقد تكونه قرية كبيرة اجرة مثلها اكثر من الف درهم فيستأجرها بنحو عشرين

درهما لما يأخذه منه حكام السياسة من الغرامات الكثيرة ولما يأخذه منه اصحاب التيمار فاذا آجر المتولى هذه القرية بعشرين درهما فهل يسوغ لاحد ان يفتى صاحب العشر باخذ عشر ما يخرج من جميع القرية من المتولى هذا شئ لا يقول به احد فضلا عن امام الائمة ومصباح الامة ابى حنيفة النعمان رحمه الله تعالى (بل الواجب) ح ان تنظر الى اجرة مثل هذه القرية فانها اذا كان المتولى يدفع عشرها للعشرى تبلغ اجرة مثلها خمسمائة مثلا واذا كان الذى يدفع عشرها هو المستأجر تبلغ اجرة مثلها عشرين درهما مثلا فاذا امكن المتولى ان يوجرها بالاجرة الوافرة فح نفتى بقول الامام واذا كان لا يمكنه ذلك بان كان لا يرضى احد ان يستأجرها الا بالاجرة القليلة لجريان العادة باخذ العشر منه فح يتعين الافتا بقول الامامين هذا هو الانصاف الذى لا يتأتى لاحد فيه خلاف واما فساد الاجارة باشتراط العشر والخراج على المستأجر بناء على قول الامام فهذا شئ آخر واذا كان ذلك على المستأجر على قولهما لا يكون اشتراطه مفسدا لانه مما يقتضيه عقد الاجارة على قولهما والله تعالى اعلم (ومنها) العمل بالخط فى بعض المواضع ككتاب السلطان بتوليته اوعزل او نحوهما وما يكتبه التاجر على نفسه فى دفتره قال فى الاشباه فى اول كتاب القضا لا يعتمد على الخط ولا يعمل به فلا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين لان القاضى لا يقضى الا بالحجة وهى البينة او الاقرار او النكول كما فى وقف الخانية الا فى مسئلتين الاولى كتاب اهل الحرب يطلب الامان الى الامام فانه يعمل به ويثبت الامنه لحامله كما فى سير الخانية ويمكن الحاق البراآت السلطانية بالوظائف فى زماننا ان كانت العلة انه لا يزول وان كانت العلة الاحتياط فى الامان لحصن الدم فلا الثانية انه يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع كما فى قضاء الخانية وتعقبه الطرسوسى بان مشايخنا

ردوا على الامام مالك فى عمله بالخط لكونه الخط يشبه الخط فكيف
عملوا به هنا ورده ابن وهبان بانه لايكتب فى دفتره الاماله وعليه
وتمامه فيه من الشهادات انتهى (اقول) قد كنت حررت هذه المسئلة
فى كتابى تنقيح الفتاوى الحامدية بان ماذكر من مسئلة الصراف
والسمسار والبياع ذكره فى الخانية والبزازيه (وجزم) به فى البحر
وكذا فى الوهبانية وحققه ابن الشحنة وكذا الشرنبلالى فى شرحها
وافتى به صاحب التنوير ونسبه العلامة البيرى الى غالب الكتب
(قال) حتى فى المجتبى حيث قال واما خط البياع والصراف والسمسار
فهو حجة وان لم يكن معنونا ظاهرا بين الناس وكذلك مايكتب
الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف انتهى وفى خزانة الاكمل
صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار
واهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط
الميت بحيث عرف الناس خطه بذلك يحكم به فى تركته ان ثبت
انه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة انتهى مافى البيرى
ثم قال بعده قال العلامة العينى وابنا على العادة الظاهرة واجب
فعلى هذا اذا قال البياع وجدت فى يادكارى بخطى او كتبت
فى يادكارى بيدى ان الفلان على الف درهم كان هذا اقرارا ملزما
اياه قلت ويزاد ان العمل فى الحقيقة انما هو لموجب العرف لا لمجرد
الخط والله اعلم انتهى وحاصله ان ما مر من قولهم لايعتمد على الخط
ولايعمل به مبنى على اصل المنقول فى المذهب قبل حدوث العرف
ولما حدث العرف فى الاعتماد على الخط والعمل به فى مثل هذه المواضع
افتوا به (وذكر) العلامة المحقق الشيخ هبة الله البعلى فى شرحه
على الاشباه مانصه تنبيه مثل البراآت السلطانية الدفتر الخاقانى
المعنون بالطرة السلطانية فانه يعمل به وللعلامة الشيخ علاء الدين
الحصكفى شارح التنوير والملتقى رسالة فى ذلك حاصلها بعد

ان نقل ماهنا من انه يعمل بكتاب الامان ونقل جزم ابن الشحنة
وابن وهبان بالعمل بدفتر الصراف والبياع والسمسار لعله امن التزوير
كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضيخان وان هذه العلة فى الدفاتر
السلطانية اولى كما يعرفه من شاهد احوال اهاليها حين نقلها
اذ لاتحرر اولا الا باذن السلطان ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل
مافيها من غير تساهل بزيادة او نقصان تعرض على المعين لذلك
فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر
امينى فيكتب عليها ثم تعاد اصولها الى امكنتها المحفوظة بالختم
(والامن) ومن التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع اهل الدولة
والكتبة فلو وجد فى الدفاتر ان المكان الفلانى وقف على المدرسة
الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الاسلام كما هو
مصرح به فى بهجة عبد الله افندى وغيرها فليحفظ انتهى مانقته
من شرح الشيخ هبة الله البعلى (فالحاصل) ان المدار على انتفاء
الشبهة ظاهرا وعليه فيما يوجد فى دفاتر التجار فى زماننا اذا مات
احدهم وقد كتب بخطه ماعليه فى دفتره الذى يقرب من اليقين
انه لايكتب فيه الا على سبيل التجربة والهزل يعمل به والعرف جار
بينهم بذلك فلو لم يعمل به يلزم ضياع اموال الناس اذ غالب بياعاتهم
بلا شهود خصوصا مايرسلون الى شركائهم وامنائهم فى البلاد
لتعذر الاشهاد فى مثله فيكتفون بالمكتوب فى كتاب او دفتر ويجعلون
فيما بينهم حجة عند تحقق الخط او الختم وينبغى ان يكون مثله
مايسمى وصولا يكتبه من له عند آخر امانة او له عليه دين او نحوه
يقر فيه بوصول ذلك اليه ويختمه بختمه المعروف خصوصا فيما بين
الامراء والاعيان الذين لايتمكن من الاشهاد عليهم (وقد) علمت
ان هذه المسئلة اعنى مسئلة الصراف والبياع والسمسار مستثناة
من قاعدة انه لايعمل بالخط والعرف والضرورة المذكورة جزم بها

هؤلاء الجماعة المذكور وكذا ائمة بلخ كما نقله فى البزازية وكفى
بالامام السرخسى وقاضيخان قدوة وح فلا يرد انه لاتحل الشهادة
بالخط على ماعليه العامة معللين بان الكتابة قد تكون للتجربة
فان هذه العلة فى مسئلتنا منتفية واحتمال ان التاجر ونحوه يمكن
ان يكون قدوقع المال وابقى الكتابة فى دفتره بعيد جدا على ان مثل
ذلك الاحتمال موجود مع الشهادة فانه يحتمل ان يكون اوفى المال
ولم يعلم به الشهود (ثم) لايخفى انا حيث عملنا بمافى الدفتر فذاك فيما
عليه كما يدل عليه ماقدمناه عن خزانة الاكمل وغيرها اما فيما له
على الناس فلا يعمل به وان اوهم كلام ابن وهبان الذى نقله
فى الاشباه خلافه فلوادعى على آخر مالا مسندا الى مافى دفتر نفسه
لايقبل وكذا لو وجد ذلك فى دفتره بعد موته لقوة التهمة بخلاف
مايكتبه على نفسه اذلاتهمة فيه (هذا) وقد وقعت فى زماننا
حادثة فى تاجر له دفتر عند كاتبه الذمى مات التاجر فادعى عليه آخر
بمال وانه مكتوب بخط كاتبه الذمى فكشف عن الدفتر فوجد كذلك
وانكر الورثة المال فافتى بعض المفتين بثبوت المال عليه والذى
ظهر لى عدمه لكون الدفتر ليس بخط الميت بل هو خط كافر ولكون
الدفتر ليس تحت يده فيحتمل ان الذمى كتبه بعد موته ففيه شبهة
قوية بخلاف ما اذا كان الدفتر بخطه محفوظا عنده والله تعالى
اعلم (ومنها) قولهم على الفريضة الشرعية فقد شاع فى العرف
اطلاقه على القسمة للذكر مثل حظ الانثيين فاذا وقف على اولاده
وذريته وقال يقسم بينهم على الفريضة الشرعية يقسم كما قلنا
(وقد) وقع اضطراب فى هذه المسئلة والف فيها العلامة يحيى
بن المنقار المفتى بدمشق الشام رسالة سماها الرسالة المرضية
فى الفريضة الشرعية واختار فيها القسمة بالسوية بين الذكر
والانثى من غير تفاضل حيث لم يقل الواقف للذكر مثل حظ الانثيين

وقال انه اجاب كذلك شيخ الاسلام محمد الحجازى الشافعى والشيخ
سالم السنهورى المالكى والقاضى تاج الدين الحنفى وغيرهم ونقل
عن السيوطى والقاضى ذكريا والامام السبكى مايؤيد كلامه
وعمدته فى الاستدلال على ذلك ان الواقف يطلب به الثواب فلابد
فيه من اعتبار الصدقة لتصحيح اصله والمفتى به قول ابى يوسف
بانه يجب العدل والتسوية بين الاولاد فى العطية ذكورا اواناثا
وقال محمد يعطيهم على قدر المواريث (وروى) مسلم فى صحيحه
من حديث النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه قال تصدق على ابى
ببعض ماله فقالت امى عمرة بنت رواحة لاارضى حتى تشهد لى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق لى يشهده على صدقتى
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم * افعلت بولدك كلهم * قال
لاقال * اتقوا الله واعدلوا فى اولادكم * فرجع ابى فرد تلك الصدقة
وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم * سووا بين اولادكم فى العطية ولو كنت مؤثرا احدا
لآثرت النساء على الرجال * رواه سعيد فى سننه اخذ ابو يوسف
وجوب التسوية من هذا الحديث وتبعه اعيان المجتهدين وقالوا
يأثم بالتخصيص والتفضيل وفسر محمد العدل بالتسوية على قدر
المواريث وقاس حال الحياة على حال الموت وساعده العرف
ولكن النبى صلى الله عليه * وسلم قدر سهم البنت بالنصف فى العطايا *
وماذكره فى معرض النص لايساعده لان العرف غير معتبر
فى المنصوص عليه لانه يلزم ابطال النص هذا خلاصة ماحرره
فى تلك الرسالة وتابعه الشيخ علاء الدين الحصكفى فى الدر المختار
(اقول) وقد كنت الفت فى ذلك رسالة سميتها العقود الدرية
فى الفريضة الشرعية وبسطت فيها الكلام على ذلك بمالامزيد
عليه فلنذكر من ذلك نبذة يسيرة فنقول قد صرح فى الظهيرية

بانه اذا كان له ابن و بنت اراد ان يبرهما فالافضل ان يجعل المذكر
مثل حظ الانثيين عند محمد وعند ابى يوسف يجعلهما سواء وهو المختار
لورود الآثار وان وهب كل ماله للابن جاز فى القضاء واثم نص عليه
محمد ثم قال قبيل المحاضر والسجلات ان اراد الواقف ان يكون
وقفه على اولاده يقول تصرف غلاته الى اولاده وهم فلان وفلان
وفلانة للذكر مثل حظ الانثيين وان شاء يقول الذكر والانثى
على السواء ولكن الاول اقرب الى الصواب واجيب للثواب انتهى
فانظر كيف فرق بين الهبة والوقف ولوسلم انهما سوا فلا يلزم
من ذلك ان المراد بالفريضة الشرعية حيث اطلقت القسمة بالسوية
لما صرحوا به من ان مراعاة غرض الواقفين واجبة (وصرح)
الاصوليين بان العرف يصلح مخصصا وفى الاشباه الفاظ الواقفين
تبنى على عرفهم كما فى وقف فتح القدير انتهى (وقدمنا) مثله
عن العلامة قاسم وفى الفتاوى الكبرى للعلامة ابن حجر المكى
لاتبنى عبارات الواقفين على الدقايق الاصولية والفقهية والعربية
كما اشار اليه الامام البلقينى فى الفتاوى وانما تبنيها على ماتبادر
ويفهم منها فى العرف وعلى ماهو اقرب الى مقاصد الواقفين
وعاداتهم قال وقد تقدم فى كلام الزركشى ان القرائن يعمل بها
فى ذلك وكذا صرح به غيره وقد صرحوا بان الفاظ الواقفين
اذا ترددت تحمل على اظهر معانيها وبان النظر الى مقاصد الواقفين
معتبر كما قاله القفال وغيره انتهى وقدمنا مافيه الكفاية من ذلك
وح فيجب حمل كلام هذا الواقف على ماهو المعروف عنده الذى
لايقصر بكلامه سواه (واما) قولهم ان العرف لايعارض النص
لانه يلزم ابطال النص فنقول بموجبه ولكن لانسلم ورود النص
فى مسئلتنا ولوسلمناه فلا يلزم ابطال النص لانا اذا فرضنا ان النص
ورد بكراهة المفاضلة فى الوقف وتعارف الناس ان الفريضة الشرعية

قوله وصرح الاصوليين
كذا بخط المص رحمه
الله تعالى (كاتبه)

معناها المفاضلة واطلق الواقف هذا اللفظ وصرفناه بحكم العرف
الى معناه العرفى لايلزم منه نفى كراهة المفاضلة لان الكراهة حكم
شرعى وانصراف اللفظ الى معناه العرفى دلالة عرفية فنصرف
اللفظ الى معناه العرفى ونقول ان المراد به المفاضلة وان هذا الذى
اراده الواقف مكروه لوجوب التسوية فقد عملنا بالنص حيث اثبتنا
مدلوله وهو الكراهة وعملنا بدلالة اللفظ على معناه العرفى وكل منها
واجب الاتباع ولايلزم ابطال النص الا اذا قلنا ان معنى الفريضة
الشرعية هو مفاضلة لا كراهة فيها (ولم نقل) بذلك على فرض
ورود النص فى الوقف وتسميتها فريضة شرعية لاتقتضى
مشروعيتها لان ذلك الاسم صار علما عرفا لهذا المعنى والاعلام
لايعتبر فيها معانى الالفاظ الوضعية كما لوسميت شخصا عبد الدار
وانف الناقة على ان المفاضلة فريضة شرعية فى باب الميراث
فاذا جرى العرف على اطلاقها فى باب الوقف لم تخرج عن التسمية
الاصلية واذا كان الواجب حمل الكلام على معناه المتعارف صار
اطلاق هذا اللفظ مساويا للتصريح بقوله للذكر مثل حظ الانثيين
ولا يخفى ان الواقف لوصرح بذلك لم يلزم ابطال النص فكذا
لوعبر عنه بما يساويه عرفا والالزم ابطال الدلالة العرفية وحمل الالفاظ
دائما على المعانى الشرعية وهو خلاف الاجماع ولا يقال ان الاصل
فى كل شىء الكمال فيحمل على التسوية المشروعة لان هذا اذا كان
اللفظ صادقا على شيئين فينصرف اللفظ عند الاطلاق الى الكامل
منهما والفريضة الشرعية لامعنى لها عرفا الا المفاضلة فحملها
على التسوية صرف اللفظ عن معناه المقصود للمتكلم الى معنى لم يخطر
بباله والواجب حمل كلام كل عاقد على عادته وان خالفت لغة العرب
والشرع وممن حمل الفريضة الشرعية على المفاضلة العلامة
الشيخ محمد الغزى صاحب التنوير كما يعلم من مراجعة فتاويه المشهورة

خلافا لما عزاه اليه فى الدر المختار (وافتى) بذلك ايضا الخير الرملى فى موضعين من فتاويه وكذا الشيخ اسمعيل الحايك وكذا شيخ صاحب البحر وهو العلامة الشيخ احمد بن الشلبى فى فتاويه المشهورة (ورأيت) مثله فى فتاوى الشهاب احمد الرملى الشافعى وكذا فى فتاوى السراج البلقينى الشافعى * وتمام الكلام على ذلك فى رسالتنا المذكورة والله اعلم بالصواب * واليه المرجع والمآب * وفى هذا القدر كفايه * لذوى الدرايه * والحمد لله اولا وآخرا * وظاهرا وباطنا * وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم * وكان الفراغ من تحريرهذه الرساله * وتقريرها * فى شهر ربيع الثانى سنة ثلاث واربعين ومائتين

والف على يد جامعها افقر الورى الى رحمة

رب العالمين * محمد امين بن عمر عابدين *

غفر الله له ولوالديه ولجميع

المسلمين * والحمد لله

رب العالمين

م م

م

* مكتب صنايع مطبعه سنده طبع اولنمشدر *

فى ١٨ جمادى الاولى سنه ١٢٨٦